

**UNIVERSIDADE FEDERAL DO RIO GRANDE DO SUL**  
**FACULDADE DE DIREITO**  
**DEPARTAMENTO DE DIREITO PRIVADO E PROCESSO CIVIL**

**Bruna Zordan Borges**

**Uma análise comparativa entre os institutos de direito real de garantia da hipoteca e da propriedade fiduciária com foco na constituição sobre imóveis: vantagens e desvantagens**

**Porto Alegre, 2017/2**

BRUNA ZORDAN BORGES

Uma análise comparativa entre os institutos de direito real de garantia da hipoteca e da propriedade fiduciária com foco na constituição sobre imóveis: vantagens e desvantagens

Trabalho de conclusão de curso apresentado à Universidade Federal do Rio Grande do Sul como requisito parcial para a obtenção do diploma de bacharel em Ciências Jurídicas e Sociais.

Orientador: Cesar Santolim

Porto Alegre, 2017/2

BRUNA ZORDAN BORGES

Uma análise comparativa entre os institutos de direito real de garantia da hipoteca e da propriedade fiduciária com foco na constituição sobre imóveis: vantagens e desvantagens

Trabalho de Conclusão de Curso apresentado à Universidade Federal do Rio Grande do Sul como requisito parcial para a obtenção do grau de Bacharel em Ciências Jurídicas e Sociais.

Aprovado em \_\_\_\_\_.

BANCA EXAMINADORA:

---

Professor Doutor Cesar Santolim (Orientador) Universidade Federal do Rio Grande do Sul

---

Prof. Universidade Federal do Rio Grande do Sul

---

Prof. Universidade Federal do Rio Grande do Sul

## RESUMO

Em um primeiro momento, a presente dissertação pretende resgatar, através de um apanhado histórico, o nascimento dos direitos reais de garantia entre os povos hebreus, egípcios, e os romanos. Nesse percurso, a partir do ano 326 a.C., tal instituto deixa de incidir sobre a pessoa do devedor, de modo que o credor não mais poderia dispor sobre a liberdade do insolvente.

Com a evolução da ordem jurídica, a satisfação da obrigação contraída passa a incidir não mais sobre as liberdades pessoais do devedor, mas sobre seu patrimônio, de modo que é facultado ao credor dispor de ferramentas para ter satisfeito o seu crédito.

A partir daí, com o advento da *Lex Poetelia Papiria*, na Roma antiga, é que nasceram os direitos reais de garantia, primeiramente com os institutos da penhora, do arresto e do sequestro. Conforme o desenvolvimento econômico e social, surge a necessidade de especificar e disciplinar os direitos reais de garantia, visto que o caráter genérico dos instrumentos de garantia mais primitivos eram facilmente fraudados.

Tal necessidade culminou na diferenciação entre institutos de direitos reais e direitos pessoais ou fideijussórios: enquanto o primeiro ataca o patrimônio daquele que constituiu a dívida ou de quem comprometeu-se em seu lugar, o segundo atinge bens de terceiro à relação entre credor e devedor, sendo obrigado a quitar o débito em caso de inadimplemento.

Nesse diapasão, os direitos reais de garantia mostraram-se mais eficazes do que os fideijussórios à medida em que o credor poderia perseguir o bem gravado com ônus onde quer que ele estivesse, fato que passou a oferecer maior segurança na satisfação da obrigação.

Desde então, surgiram diversas modalidades de direito real de garantia como a *fiducia*, o *pignus*, e a *hypotheca*, com o escopo de adequar as diferentes situações às necessidades de constituição de garantia.

No ordenamento jurídico brasileiro, os direitos reais de garantia são disciplinados pelo título X do Código Civil de 2002, além da legislação esparsa que cuida das modalidades específicas.

Para além do percurso histórico dos institutos de direitos reais de garantia em geral, o presente trabalho trata dos requisitos objetivos, subjetivos e formais para a constituição destes direitos, bem como seus efeitos e suas formas de extinção.

Superadas as generalidades dos direitos reais de garantia, discorre-se sobre a diferenciação entre a hipoteca e a propriedade fiduciária, expondo suas características próprias, requisitos e efeitos. Em termos gerais, algumas dessas características são manifestamente distintas, porém, quando se trata de constituição de garantia sobre imóveis, a propriedade fiduciária e a hipoteca se aproximam estreitamente.

É a partir da similitude entre os institutos em questão que o presente trabalho busca pormenorizá-los e contrapor as suas vantagens e desvantagens para as partes e os interessados na relação jurídica.

Ao comparar os institutos da hipoteca e da propriedade fiduciária, principalmente em se tratando de constituição de garantia sobre bens imóveis, depreende-se que o segundo instituto surge a partir da necessidade de preencher uma lacuna entre a aplicação de uma garantia real arcaica, como a hipoteca, e a dinâmica da modernidade.

A constituição da propriedade fiduciária sobre imóveis, disciplinada pela Lei 9.514/1997, alavancou o crescimento do mercado imobiliário e aumentou a oferta de financiamentos pelas instituições financeiras, facilitando o acesso das pessoas à aquisição de imóveis.

Isso porque o instituto oferece maior celeridade à medida que prevê como possibilidade a execução extrajudicial da garantia, a extinção anormal através da tomada do bem gravado ao fiduciário, fatos estes que diminuem drasticamente a burocratização do negócio jurídico.

## ABSTRACT

First of all, the present dissertation intends to make a recall throughout the history of rights *in rem* and its genesis among the ancient civilizations, such as hebrews, egyptians and romans. Since the year of 326 B.C., the referred institute moves away from its incidence on the obligator himself, so that the creditor couldn't dispose of the other's personal rights, mostly about the insolvent's freedom.

The outgrowth of the legal order had changed the sight about on how should the obligator pay back his debts. The advent of *Lex Poetelia Papiria*, in ancient Rome, determined that the insolvent couldn't pay his by abdicating his freedom anymore, so the only way to repay it ought to be by taking the amount from his property.

Since then, the creditor was able to charge for his debts by an attachment order, a request for restraint assets or a garnishment ruling. Nevertheless, the economical and social progress demanded more sophisticated and safe tools to turn the guarantee into a secure resource for the accomplishment of the obligation.

The growing need of new institutes led to a dichotomizing between right *in rem* and personal property rights. The difference between them consists that, in the first institute, the person who constituted the debt must pay by executing his own property, or someone elses' who compromised with it; whilst in the second case there's a person out of the legal relationship who takes the responsibility to himself in case of default.

Rights *in rem* appeared to be more effective than personal property rights because of the debtor's advantage to persue the material possession against whoever keeps it.

Thenceforth, some modalities of rights *in rem* arised, such as *fiducia*, *pignus* and *hypotheca* owing to different of daily life.

In Brazilian Law, these subjects are mostly included in the brazilian's civil code, besides specific legislation. This dissertation also makes general distinctions among

several institutes, including the analysis of its formal, objective and subject requirements.

Besides the general considerations about rights in rem, the most important subject the essay consists in the comparative between two institutes: mortgage and fiduciary ownership, which have some obvious distinctions, but when the materials possessions are about immovable property, both of them get close in terms of concepts. That's why the study requires an analytical comparison among their advantages and disadvantages.

Lastly, the final conclusion of the research is that the fiduciary ownership is more auspicious than mortgage because it demands less bureaucracy and its execution process happens faster and easier.



## SUMÁRIO

1. INTRODUÇÃO .....	10
2. GENERALIDADES SOBRE OS DIREITOS REAIS DE GARANTIA .....	12
2.1. Origem e considerações históricas .....	12
2.2 . Requisitos objetivos, subjetivos e formais .....	14
2.3. Efeitos da constituição do direito real de garantia .....	21
2.4. Vencimento da obrigação .....	26
3. PROPRIEDADE FIDUCIÁRIA E HIPOTECA .....	30
3.1. Características principais .....	30
3.2. Quadro Comparativo .....	49
3.4. Hipoteca: vantagens e desvantagens .....	52
4. CONCLUSÃO.....	54
REFERÊNCIAS.....	56

## 1. INTRODUÇÃO

O direito real de garantia tem origem nas civilizações clássicas, principalmente na Roma antiga, em que o inadimplemento dos negócios jurídicos pactuados era capaz de acarretar desde o trabalho escravo até a disposição sobre a liberdade do devedor, sendo permitida até mesmo a venda do sujeito que incidia em insolvência. Isso ocorria porque o inadimplemento era sinônimo de cerceamento de liberdades individuais como forma de quitação da dívida, cenário que vem a mudar apenas no século IV a.C. em consequência da evolução social e o progresso do ordenamento jurídico.

A partir da mudança em relação à forma de adimplemento da insolvência, mais especificamente no ano de 326 a.C., o devedor passou a responder com o seu patrimônio individual as dívidas contraídas, fato que consolidou o direito real de garantia como instituto que incide não mais sobre os direitos pessoais do indivíduo, mas sobre o seu patrimônio.

Em um primeiro momento, os institutos primitivos de garantia real não foram capazes de suprir as necessidades das situações diárias, além de não oferecerem segurança às partes ao pactuá-las, sendo decorrentemente objeto de fraude.

Dessa maneira, de acordo com o progresso da sociedade e o avanço do direito, surge a necessidade de especificar a função dos direitos de garantia, que se dividiram entre direitos reais de garantia e direitos pessoais de garantia.

O presente estudo busca debruçar-se acerca das diferenças dos direitos reais de garantia em suas generalidades, realizando um apanhado histórico do instituto de direito real de garantia, seus requisitos de constituição, bem como seus modos de extinção.

Para além da cisão entre direitos reais e pessoas de garantia, surge também a necessidade de criar modalidades de direitos reais de garantia. As modalidades mais

antigas têm origem romana e consistem no advento das figuras do *pignus*, *hypotheca* e *fidúcia*.

Para além de uma retomada histórica acerca dos direitos reais de garantia, a presente dissertação pretende realizar um estudo mais profundo e pormenorizado da modalidade da hipoteca, ponderando acerca dos seus modos de constituição, requisitos, efeitos e formas de instituição. O mesmo se pretende fazer com a modalidade da propriedade fiduciária, uma vez que o intuito da investigação de ambos os institutos terá como serventia compará-los, de modo a chegar em um quadro de contraposições entre vantagens e desvantagens de cada um.

Vale ressaltar, de antemão, que muitas diferenças entre os institutos são evidentes. Porém, em se tratando de constituição de garantia real sobre bens imóveis, essas distinções se aproximam de maneira a deixar em dúvida sobre qual instituto seria mais vantajoso às partes ao momento da constituição do direito real de garantia.

Desse modo, o escopo da presente dissertação reside no propósito de analisar as vantagens e desvantagens sobre a constituição do ônus real especificamente sobre bens imóveis, contrapondo as características de ambos os institutos para ponderá-las e chegar a uma resposta.

## 2. GENERALIDADES SOBRE OS DIREITOS REAIS DE GARANTIA

### 2.1. Origem e considerações históricas

Até o ano 326 a.C., antes do advento do direito real de garantia, o devedor respondia física e moralmente pelas suas dívidas, incidindo sobre a sua pessoa o poder do credor como forma de satisfação da obrigação. Entre os hebreus, o insolvente era reduzido à condição de escravo, bem como outros membros de sua família. No antigo Egito, o devedor adjudicava-se ao credor. Entre os romanos, era possível, ainda, que o devedor fosse encarcerado, vendido ou morto como forma de pagamento.<sup>1</sup>

Com o progresso da ordem jurídica, a partir da vigência da *Lex Poetelia Papiria*, as obrigações contraídas pelo devedor passaram a incidir sobre o seu patrimônio, e não mais sobre o seu corpo e sobre a sua liberdade, tornando seus bens, portanto, objetos de garantia. A constrição dos bens do devedor efetivava-se pela penhora, sequestro e arresto, meios que possibilitavam ao credor apreender os bens do insolvente para que fossem vendidos em hasta pública e, assim, satisfazer o crédito do exequente.

Em contrapartida, o caráter genérico de tal garantia deu azo para que ocorressem facilmente simulações e fraudes dos negócios jurídicos, havendo a necessidade de tornar o instituto mais eficiente em relação à sua finalidade. Desse modo, surgem dois tipos de garantias, uma de caráter pessoal ou fideijussória, e outra de caráter real.

Na espécie de garantia pessoal ou fideijussória, um terceiro alheio à relação entre o credor e o devedor obrigava-se a quitar a dívida caso o devedor não a fizesse. A fiança e o aval são exemplos dessa classificação, e que perduram até a atualidade. Nessa modalidade, a garantia é relativa, já que o vencimento da dívida pode tornar insolvente o fiador.

---

<sup>1</sup> DE BARROS MONTEIRO, Washington; DABUS MALUF, Carlos Alberto. **Curso de direito Civil, volume 3: direito das coisas**. 40. ed. São Paulo: Saraiva. 2010. p. 417.

Já na garantia real, um todo ou parte do patrimônio daquele que contraiu a dívida, ou de alguém que em seu nome comprometeu-se a quitá-la, servirá para assegurar o adimplemento da obrigação celebrada. Diante da natureza relativa da garantia pessoal ou fideijussória, cabe constar que a garantia real mostra-se mais eficaz à medida em que vincula a coisa à satisfação do débito, e não o patrimônio do devedor ao estado em que se acha ao iniciar a execução. Desse modo, caso o devedor perca todo o seu patrimônio, tendo transferido o bem dado em garantia a outrem, em nada afeta o direito do credor buscá-lo onde quer que esteja para que possa ver satisfeito o seu crédito.

A primeira modalidade de garantia real a surgir no cenário jurídico foi a *fiducia*, em que a propriedade da coisa era dada em garantia ao credor até que fosse resgatado o débito. No entanto, tal modalidade não oferecia proteção ao devedor caso o credor alienasse o bem a terceiro, já que não lhe era facultado ajuizar ação reivindicatória em face deste. Sem a posse da coisa, portanto, restava frustrada a tentativa de satisfazer o débito pendente, pois, caso o bem objeto da garantia fosse instrumento de trabalho do devedor, ficava ele impossibilitado de produzir utilidades econômicas.

Diante da vulnerabilidade do devedor na *fiducia*, na qual realizava-se a *mancipatio*, surge a figura do *pignus*, o qual protegia os interesses do devedor através dos interditos, tendo em vista que não mais se transferia a propriedade como forma de garantia, mas a posse. Tal modalidade, também denominada *datio pignoris*, desenvolveu-se para *conventio pignoris*, havendo uma inversão do instituto de modo que a coisa ficava nas mãos do próprio devedor, podendo o credor apenas tomá-la para si em caso de inadimplemento da obrigação. Assim, empossado dos seus instrumentos agrícolas, escravos e animais, não restaria o devedor destituído de meios para saldar sua dívida. A partir dessa inversão, nasce sobre a coisa não apenas um contrato, mas um direito real. Como extensão dos elementos desse instituto, surge

a *hypoteca*, figura segundo a qual Carlos Roberto Gonçalves defende não haver distinção precisa em relação ao *pignus* para os romanos.<sup>2</sup>

Conforme Maria Helena Diniz, porém, a hipoteca surge distinguindo-se do *pignus* à medida em que passa a salvaguardar a posse de bens imóveis em favor do devedor, permanecendo aquela modalidade para garantia sobre bens móveis.<sup>3</sup> Por fim, surge a figura da *anticrese*, na qual o credor fazia uso da coisa pertencente ao devedor, de modo a perceber os frutos até que houvesse compensação da dívida.

No ordenamento jurídico brasileiro atual, figuram como direitos reais de garantia o penhor, a anticrese, a hipoteca, no título X do Código Civil de 2002, no artigo 1.419 do diploma. Já a propriedade fiduciária sobre bens móveis infungíveis inalienáveis é disciplinada pela Lei 4.728, de 14 de julho de 1965, também incluída no Código Civil nos artigos 1.361 a 1368, ao passo que a propriedade fiduciária sobre bens imóveis é cuidada pela Lei n. 1.514/1997.

## 2.2 . Requisitos objetivos, subjetivos e formais

A validade da garantia real depende da observância de requisitos de ordem objetiva, subjetiva e formal.

O artigo 1.420 do Código Civil é claro ao prescrever que apenas tem capacidade para hipotecar, dar em anticrese ou empenhar aquele que detém a propriedade do bem dado em garantia real, desde que sobre ele possua livre disposição. Desse modo, aquele que não possui o poder de alienar a coisa não poderá onerá-la com garantia real, sob pena de nulidade do negócio jurídico. Venosa acrescenta, ainda, que é capaz de gravar ônus real sobre o bem também o enfiteuta.<sup>4</sup> A capacidade jurídica constitui, portanto, *requisito subjetivo* para que seja válida a garantia geral.

---

<sup>2</sup> GONÇALVES, Carlos Alberto. **Direito Civil Brasileiro, volume 5: direito das coisas**. 12.ed. São Paulo: Saraiva, 2017. p. 530.

<sup>3</sup> DINIZ, Maria Helena. **Curso de direito Civil Brasileiro, 4º volume: direito das coisas**. 17.ed. São Paulo: Saraiva, 2002. p. 409.

<sup>4</sup> SALVO VENOSA, Sílvio de. **Direito Civil: direitos reais, volume V**. 12.ed. São Paulo: Atlas S.A., 2012. p.535.

Muito embora exija-se a capacidade genérica para os atos da vida civil, é facultado aos relativa ou absolutamente incapazes dar um bem em garantia real de suas dívidas caso estejam devidamente representados ou assistidos, bem como munidos de licença judicial para constituir o direito, conforme os artigos 1.691 e 1.782 do Código Civil. No caso do menor de dezesseis anos, apenas os genitores poderão fazê-lo caso constatem evidente utilidade do filho ou em situação de necessidade, mediante licença judicial. Já os maiores de dezesseis anos e menores de dezoito poderão empenhar, hipotecar, ou dar em anticrese pessoalmente, porém sem a dispensa de representante legal, bem como autorização judicial.<sup>5</sup>

O Código Civil traz outras hipóteses em que não é permitido constituir direito real de garantia. São os casos de bens pertencentes a interditos e pródigos - quanto a estes, o artigo 1.782 do Código Civil excetua a possibilidade de hipotecar caso haja autorização judicial e intervenção de curador.

A restrição se estende, da mesma forma, aos cônjuges, os quais não podem gravar ônus reais sobre os bens sem a outorga do outro, a não ser que sejam casados em regime de separação total de bens, conforme prevê o artigo 1.647 do Código Civil. Vale ressaltar que, caso o cônjuge contraia sozinho uma dívida hipotecária, não lhe é lícito arguir nulidade do direito real, em sua defesa, por falta da anuência.<sup>6</sup> O requisito da outorga, porém, não alcança o penhor, uma vez que tal gravame recai sobre coisas móveis. Também não é permitido ao ascendente alienar ao descendente sem que haja autorização dos demais, conforme o previsto no artigo 496 do Código Civil. Como consequência disso, não é facultado ao ascendente hipotecar bens a descendentes sem que os outros consentam. Essa questão, porém, é objeto de controvérsia na jurisprudência, já que alguns julgados interpretam o artigo 1.132 do Código Civil de 1916 restritivamente, o qual não inclui dar hipoteca, tratando a norma do art. 496 do Código Civil atual como de exceção.<sup>7</sup>

---

<sup>5</sup> DE BARROS MONTEIRO, Washington; DABUS MALUF, Carlos Alberto. **Curso de direito Civil, volume 3: direito das coisas**. 40. ed. São Paulo: Saraiva. 2010. p. 422

<sup>6</sup> DE BARROS MONTEIRO, Washington; DABUS MALUF, Carlos Alberto. **Curso de direito Civil, volume 3: direito das coisas**. 40. ed. São Paulo: Saraiva. 2010. p. 423

<sup>7</sup> DINIZ, Maria Helena. **Curso de direito Civil Brasileiro, 4º volume: direito das coisas**. 17.ed. São Paulo: Saraiva, 2002. p.411.

Da mesma forma, não é facultado ao inventariante gravar ônus real sobre bens que compõem o patrimônio hereditário, a não ser por meio de autorização judicial. Aberta a sucessão, porém, é facultado ao herdeiro hipotecar sua parte no único imóvel da herança, a qual será dissociada da partilha e destinada ao arrematante, caso seja a garantia excutida antes dela.<sup>8</sup> Também não é permitido ao falido constituir direito real sobre a coisa a partir da declaração da falência, estando privado de exercer administração sobre os seus bens, por força do artigo 99, VI, da Lei n. 11.101 de 9 de fevereiro de 2005. Nessa hipótese, os atos do falido são nulos, devendo o juiz assim declará-los de ofício. Encontra restrições, da mesma forma, o mandatário, ao qual somente é facultado constituir direito real de garantia se a ele forem atribuídos poderes específicos e expressos para tal. A mera atribuição genérica para contrair empréstimos não lhe confere o poder para gravar bens em garantia real.

A partir do artigo 1.420, §2º, do Código Civil, extraem-se 3 regras em relação à possibilidade de constituir direito de garantia sobre a coisa caso haja multiplicidade de proprietários. A primeira delas é que só pode o bem condominial ser dado em garantia real em sua totalidade com a anuência de todos os condôminos.

A segunda regra é que, caso seja a coisa divisível, é facultado a cada comunheiro gravar ônus real em relação à sua parte. Por fim, em se tratando de bem indivisível, não é permitido constituir garantia real sobre a coisa, isso porque os coproprietários não possuem uma parte real da coisa, e sim uma quota ideal em relação a ela.<sup>9</sup> Ainda sobre condomínio, a Lei 4.591/64 estabeleceu que, em caso de edifícios de apartamentos, é permitida a constituição de direitos reais, alienação e transferência de direitos de aquisição sem que haja necessidade de anuência dos demais condôminos. Isso se dá pelo caráter horizontal da propriedade dos edifícios, em que cada unidade é autônoma.

---

<sup>8</sup> DINIZ, Maria Helena. **Curso de direito Civil Brasileiro, 4º volume: direito das coisas**. 17.ed. São Paulo: Saraiva, 2002. p. 411.

<sup>9</sup> DINIZ, Maria Helena. **Curso de direito Civil Brasileiro, 4º volume: direito das coisas**. 17.ed. São Paulo: Saraiva, 2002. p. 411-412.



É facultada a constituição de direitos reais de garantia sobre bens de pessoas jurídicas de direito privado desde que haja aprovação de órgão deliberativo e seja assim previsto no estatuto, deflagrando-se por ato de diretoria. Já a constituição de hipoteca sobre bens pertencentes a pessoas jurídicas de direito público requer autorização legislativa.

Em relação a terceiro, o artigo 1.472 do Código Civil permite que este dê bem seu em garantia em relação à dívida de outrem, não ficando obrigado a substituí-la ou reforçá-la em caso de perda, deterioração ou desvalorização do bem sem culpa sua, a não ser que haja cláusula em sentido contrário. Também torna-se alheio à obrigação o terceiro, caso o bem por ele dado em garantia não seja suficiente para quitar o débito em sua totalidade, não havendo, portanto, que se falar em responsabilização sua pelo débito remanescente.

Preenchidos os *requisitos subjetivos* para constituição de direito real de garantia, cabe analisar os *requisitos objetivos* para tal.

Só podem ser objeto de constituição de garantia real as coisas passíveis de alienação, conforme o artigo 1.420 do Código Civil. Sendo assim, não são passíveis de penhora, anticrese e hipoteca bens inalienáveis, bens de família, imóveis financiados pelos Institutos e Caixas de Aposentadoria e Pensões (decreto-lei n. 8.618/46), bem como imóveis dotais. Quaisquer garantias gravadas sobre bens inalienáveis serão nulas de pleno direito, bem como aquelas que recaem sobre coisas alheias.<sup>10</sup>

Por óbvio, a coisa somente poderá ser alienada pelo proprietário, portanto cabe ressaltar que também será inválido o gravame feito por aquele que adquiriu o *non domino*. O §1º do artigo 1.420 estabelece, entretanto, que é revalidada a outorga do domínio superveniente a partir do registro. Isso significa que, caso seja a garantia constituída por quem possua a coisa a título de dono, mesmo não sendo o proprietário, a ulterior aquisição de propriedade por parte dele torna eficaz o ônus gravado sobre o

---

<sup>10</sup> DE BARROS MONTEIRO, Washington; DABUS MALUF, Carlos Alberto. **Curso de direito Civil, volume 3: direito das coisas**. 40. ed. São Paulo: Saraiva. 2010. p. 424

bem, de modo a produzir efeitos *ex tunc*, como se jamais tivesse incidido vício. Assim, conforme Washington de Barros Monteiro, não é objeto de revalidação toda e qualquer garantia real gravada pela superveniência do domínio. Opera-se a revalidação em favor daquele que adquire o bem a título de proprietário, visto que a aparência pode induzir em erro o outro contratante, tendo a lei o objetivo de resguardar-lhe a boa-fé.

<sup>11</sup> Em outras palavras, Venosa esclarece que tal convalidação se dá apenas no caso de o possuidor vir a adquirir a propriedade do bem. Além disso, acrescenta que a referência legal do §1º do artigo 1.420 cuida exclusivamente do penhor, tendo em vista que a publicidade da posse é elemento característico dos bens móveis. Ressalta ser imprescindível o registro eficaz em nome do proprietário ou enfiteuta para fins de convalidação da hipoteca ou da anticrese, não sendo suficiente apenas a posse como forma de constituir o gravame.<sup>12</sup>

Como matéria dos *requisitos objetivos* também surge a discussão acerca da possibilidade de constituição de garantia real sobre bens de comum propriedade a vários titulares. É mister evocar a norma já aludida do §2º do artigo 1.420, a qual permite a instauração de gravame nessa situação caso todos os condôminos estejam de acordo, assegurando também a cada um dos proprietários o direito de dar em garantia real a sua parte. Nesse último caso, o artigo 1.314 explicita a possibilidade do condômino gravar ou alhear a sua parte caso o bem seja divisível, registrando o ônus real no Registro Imobiliário competente.

Superado isso, fala-se no princípio da indivisibilidade do direito real de garantia, consagrado no artigo 1.421 do Código Civil, o qual dispõe que o pagamento de uma ou mais prestações da dívida não implica no desencargo da garantia, mesmo que compreenda vários bens, exceto haja disposição expressa na quitação ou no título. Sendo assim, mesmo quitada alguma parcela ou até mesmo sendo a dívida originária quase que totalmente amortizada, permanece sobre os bens dados em garantia o ônus real até que se seja inteiramente integralizada. Nesse raciocínio, caso o credor hipotecário venha a falecer, cada herdeiro possui o crédito sobre a totalidade do bem,

---

<sup>11</sup> DE BARROS MONTEIRO, Washington; DABUS MALUF, Carlos Alberto. **Curso de direito Civil, volume 3: direito das coisas**. 40. ed. São Paulo: Saraiva. 2010. p. 424

<sup>12</sup> SALVO VENOSA, Sílvio de. **Direito Civil: direitos reais, volume V**. 12.ed. São Paulo: Atlas S.A., 2012. p. 536.

conforme a fração que lhe compete. O princípio da indivisibilidade do direito real de garantia é uma ficção jurídica que vislumbra a proteção do credor, de forma a não permitir a amortização da dívida pignoratícia ou hipotecária antes do vencimento.<sup>13</sup>

Ainda no tocante aos requisitos objetivos da constituição da garantia real, Maria Helena Diniz sobreleva que o penhor recai sobre coisas alheias móveis, os quais são passíveis de venda judicial já que a posse se transfere ao credor para fins de adimplemento da obrigação. Ressalta, também, que existem modalidades de penhor sem que haja tradição, momento em que se atribui a posse direta ao credor pignoratício, ficando o bem ainda em poder do dono. Em relação à hipoteca e à anticrese, a autora observa que, no primeiro instituto, o imóvel fica nas mãos do devedor e ele terá preferência em caso de venda judicial sobre os demais credores, ao passo que no segundo instituto o imóvel é transferido ao credor para que este perceba frutos e receba os rendimentos até que se deflagre o adimplemento da obrigação. Dessa forma, o credor anticrético não tem o *jus vendendi* sobre o imóvel, mas apenas o direito de retê-lo.<sup>14</sup> Sobre o tema, Washington de Barros Monteiro fala do *direito à excussão*, previsto no artigo 1.422 do Código Civil, o qual trata da já citada permissão ao credor hipotecário e pignoratício de executar a coisa objeto de garantia real para o adimplemento da obrigação contraída.

Quanto aos *requisitos formais*, é necessário estarem presentes os elementos da especialização e da publicidade para que o direito real de garantia surta efeitos perante terceiros.

O elemento da especialização consiste no detalhamento acerca do direito real contraído, bom como a pormenorização das características da coisa dada em garantia real. Além dos requisitos presentes no artigo 104 do Código Civil, o mesmo diploma exige que figurem, obrigatoriamente, o valor do crédito, prazo para pagamento, taxa de juros e a especificação da coisa objeto da garantia real, conforme o artigo 1.424 nos casos de hipoteca, anticrese e penhor.

---

<sup>13</sup> DE BARROS MONTEIRO, Washington; DABUS MALUF, Carlos Alberto. **Curso de direito Civil, volume 3: direito das coisas**. 40. ed. São Paulo: Saraiva. 2010. p. 425

<sup>14</sup> DINIZ, Maria Helena. **Curso de direito Civil Brasileiro, 4º volume: direito das coisas**. 17.ed. São Paulo: Saraiva, 2002. p.413.

No tocante ao valor do crédito, faz-se necessário pelo menos estimá-lo ou atribuir a ele um valor máximo. Isso significa que, caso não seja possível atribuir à cifra um *quantum* exato, deve-se estimar um capital máximo que irá figurar como garantia. É o caso da abertura de crédito em conta corrente e dos contratos de financiamento para construção. Caso seja ultrapassado o montante estabelecido, será o mutuante credor quirografário pela soma que exceder.<sup>15</sup>

Deve também ser fixado prazo para o pagamento do débito, sob pena de incidirem as regras gerais do direito civil previstas principalmente nos artigos 331, 332 e 334 do Código Civil em caso de omissão.

Deve constar, se houver, a taxa de juros pactuada, desde que não ultrapasse os 12% ao ano, observando-se tal limite estabelecido pela Lei n. 1.521/51, art. 4º, Decreto n. 22.626/33, alterado pelo Decreto-Lei n. 182/38, já que o ordenamento jurídico brasileiro veda a usura. Caso haja omissão acerca do valor da taxa de juros, presume-se que o valor acordado pelas partes é de 6% ao ano a contar da propositura da ação, fulcro no Decreto-Lei n. 22.626, art. 1º, §3º, a não ser que haja menção expressa no contrato estabelecendo a isenção de juros.<sup>16</sup>

No caso do penhor, deve ser declarada a natureza, qualidade, quantidade, marca, número e procedência do objeto. Em se tratando de hipoteca e anticrese, deve-se especificar a situação, denominação, superfície e demais caracteres que singularizam o bem imóvel. Cabe ressaltar que não podem ser objetos de garantia os bens futuros ou ainda não existentes.

O segundo elemento que compõe o *requisito formal* é a publicidade, que se dá por meio da tradição em se tratando de bens móveis ou pelo registro, quando se tratar de bens imóveis. Dessa forma, a hipoteca e a anticrese são constituídas apenas pelo registro imobiliário, conforme o artigo 1.227 do Código Civil, ao passo que o penhor

---

<sup>15</sup> DE BARROS MONTEIRO, Washington; DABUS MALUF, Carlos Alberto. **Curso de direito Civil 3**. 40. ed. São Paulo: Saraiva. 2010. p. 427

<sup>16</sup> DINIZ, Maria Helena. **Curso de direito Civil Brasileiro, 4º volume: direito das coisas**. 17.ed. São Paulo: Saraiva, 2002. p. 414.

perfectibilizar-se-á não só da celebração do negócio por instrumento particular, mas ao momento da tradição. Vale ressaltar, porém, que a oponibilidade perante terceiros, no caso do penhor, dependerá do registro do contrato em Registro Público, como prevê o artigo 221 do Código Civil, caso contrário será eficaz apenas entre as partes. Deverão os requisitos acima constar na inscrição do ônus real na circunscrição imobiliária competente, conforme a Lei n. 6.015/73, artigos 238 e 241.<sup>17</sup>

Assim, sem os requisitos da publicidade e da especialização não se constitui direito real de garantia oponível *erga omnes*. Isso não significa, porém, que a ausência de tais elementos implique na nulidade do contrato, ocorre que na referida situação o negócio jurídico surte efeito somente *inter partes*, perdendo o caráter de direito real, tornando-se, portanto, direito pessoal. Em se tratando de um mero contrato, não terá o credor direito de sequência, bem como não será legítimo para mover ação real ou exigir direito de preferência, de modo a ingressar no concurso de credores como quirografário, sem o poder de excluir do rateio os demais.

### **2.3. Efeitos da constituição do direito real de garantia**

O direito real de garantia possui a finalidade principal de discriminar do patrimônio do insolvente determinado bem, vinculando-o à satisfação de determinada obrigação. Nesse sentido, pode-se deduzir outros efeitos, tais como a preferência em benefício do credor pignoratício ou hipotecário, direito de excussão da coisa hipotecada ou empenhada, direito de sequência, indivisibilidade do direito real de garantia e a remição total do penhor e da hipoteca, os quais serão analisados a seguir.

O artigo 1.422 do Código Civil prevê a preferência em benefício do credor pignoratício ou hipotecário quando da excussão do bem dado em garantia em relação ao produto da venda judicial realizada sobre a coisa. Satisfeita a obrigação, caso venha a sobrar algum valor resultante da venda judicial, o remanescente deverá servir para quitar demais dívidas contraídas pelo devedor. Não sendo o caso, o valor excedente retorna ao devedor.

---

<sup>17</sup> DINIZ, Maria Helena. **Curso de direito Civil Brasileiro, 4º volume: direito das coisas**. 17.ed. São Paulo: Saraiva, 2002. p. 415

Quando os bens do devedor alienados em hasta pública mostram-se insuficientes para quitar as suas dívidas, instaurar-se-á o concurso de credores, os quais receberão do acervo comum a proporção do seu saldo.<sup>18</sup> Sobre essa situação, o credor pignoratício ou hipotecário possuem a vantagem de receber, preferencialmente, as suas partes, já que não se submetem ao rateio.

Caso o valor alcançado seja insuficiente, o credor pignoratício e hipotecário podem buscar outros bens no patrimônio do devedor para ver satisfeito o seu saldo, posto que o insolvente fica pessoalmente obrigado para com o credor até que seja extinta a obrigação (art. 1.430 do Código Civil). Em relação a esse valor do saldo que não foi integralizado, o credor pignoratício e o hipotecário entram no concurso de credores como quirografários.

Vale ressaltar que a preferência de que gozam os credores hipotecários e pignoratícios sobre o concurso de credores não atinge o credor anticrético, o qual poderá reter o bem dado em garantia real até que seja quitada a dívida. Tal direito se extingue, porém, decorridos 15 anos da data da constituição da anticrese, conforme prevê o artigo 1.423 do Código Civil.

O direito de prelação dos credores hipotecários e pignoratícios é consequência da própria natureza do direito real de garantia, mas há que se atentar à exceções legais do direito de preferência caso haja dualidade de hipoteca e outras garantias reais.

Não se aplica a prelação em favor de custas judiciais com a execução hipotecária, conforme o inciso II do artigo 965 do Código Civil, bem como quando outras leis estabelecem a prioridade de quitação de determinadas dívidas (parágrafo único do artigo 1.422). Também não cabe direito de prelação sobre o produto da colheita em que o trabalhador rural tenha concorrido com o seu trabalho (artigo 964, VIII do CC), e sobre impostos e taxas devidos à Fazenda Pública (art. 965, VI, Decreto

---

<sup>18</sup> DINIZ, Maria Helena. **Curso de direito Civil Brasileiro, 4º volume: direito das coisas**. 17.ed. São Paulo: Saraiva, 2002. p. 416.

n. 22.866/33, Lei n. 5.172/66, art. 186). Caso a hipoteca, penhor ou anticrese não se encontrem devidamente inscritos, prevalecem sobre a prelação as debêntures, conforme Decreto n. 177-A/93, artigo 1º, §1º, I e II.<sup>19</sup>

Os artigos 957 e 958 do Código Civil estabelecem que, em não sendo o caso de privilégios anteriormente citados e nem de detentores de direitos reais, estarão os credores em igual concorrência sobre os bens do devedor comum.

Acerca disso, preceitua o artigo 961 que o crédito real prefere sobre o crédito pessoal de qualquer espécie, bem como o crédito pessoal prefere ao simples, ao crédito pessoal privilegiado prevalece ao simples, e o geral sobre todos.<sup>20</sup>

Com base nos artigos 958, 957 e 961, é possível estabelecer uma ordem de preferência entre os créditos. Para além das exceções anteriormente mencionadas, preferem os direitos com garantia real, seguidos dos créditos pessoais, havendo, entre os últimos, a hierarquia sobre aqueles que versam sobre privilégio pessoal sobre determinados bens (artigo 964 do Código Civil) em relação aos créditos que gozam de privilégio geral (artigo 965 do Código Civil), e ainda sobre créditos destituídos de quaisquer privilégios.

Outro efeito do direito real de garantia consiste no direito à excussão de coisa empenhada ou hipotecada, previsto no artigo 1.422 do Código Civil.

Após o vencimento do débito e realização da alienação do bem em hasta pública, quando sobre o bem foi instituída garantia real a mais de um credor, observar-se-á prioridade na hipoteca com base no registro, isto é, o credor da segunda hipoteca gozará do direito de prelação em segundo plano. Sendo assim, só quando restar saldada a dívida para com o credor do primeiro registro é que o segundo hipotecário poderá exercer seu direito de preferência, mas aí em relação somente aos credores quirografários. É a regra que se extrai do artigo 1.428 do Código Civil, o qual veda a

---

<sup>19</sup> DINIZ, Maria Helena. **Curso de direito Civil Brasileiro, 4º volume: direito das coisas**. 17.ed. São Paulo: Saraiva, 2002. p. 416.

<sup>20</sup> DINIZ, Maria Helena. **Curso de direito Civil Brasileiro, 4º volume: direito das coisas**. 17.ed. São Paulo: Saraiva, 2002. p. 416.

realização de pacto comissório, tornando nula qualquer cláusula que permita ao credor hipotecário, pignoratício ou anticrético ficar com o bem dado em garantia caso a dívida não seja quitada até o seu vencimento.

Também é vedado pacto comissório em relação à propriedade fiduciária, fulcro no artigo 1.365 do Código Civil, bem como para alienação fiduciária em garantia, conforme prevê a Lei n. 4.728/65 em seu artigo 66, §7º.

Diante do exposto no supracitado artigo 1.428, o ordenamento jurídico brasileiro traz expressa condenação à chamada *lex commissoria*, a qual permitia ao credor adjudicar-se da própria coisa dada em garantia para fins de ver satisfeito o seu direito de crédito. Segundo Washington de Barros Monteiro, há duas razões para a proibição do pacto comissório, sendo uma delas de ordem moral e outra de ordem técnica. Em termos morais, a vedação ao pacto comissório visa à proteção do devedor em relação ao credor, vez que, diante de premente necessidade, o insolvente facilmente concordaria com a cláusula ao ver-se iludido pela possibilidade de saldar a sua dívida e resgatar a coisa dada em garantia. O ordenamento visa, portanto, proteger o devedor por considerá-lo o elo fraco da relação jurídica.

A ausência de preço no mercado é a razão de ordem técnica para a vedação do pacto comissório. Isso porque o devedor desprovido de numerário, frente à inexistência de controle, sairia prejudicado caso o valor real do bem dado diretamente ao credor ultrapassasse o *quantum* devido. Para evitar que o credor tire proveito do saldo remanescente, é feita a venda judicial, ocasião na qual o valor restante é devolvido ao devedor.

Pelos motivos expostos, a cláusula que prevê o pacto comissório será nula, mesmo que sua presença seja simulada por cláusula que estipule a compra e venda com pacto de resgate ou compromisso de compra e venda em garantia. A invalidade da cláusula, porém, não compromete todo o contrato, permanecendo as demais estipulações.<sup>21</sup>

---

<sup>21</sup> DINIZ, Maria Helena. **Curso de direito Civil Brasileiro, 4º volume: direito das coisas**. 17.ed. São Paulo: Saraiva, 2002. p. 418.



Venosa acrescenta que é válida a entrega da coisa se acertada após o vencimento da dívida, conforme o parágrafo único do artigo 1.428, caracterizando-se, assim, dação em pagamento.<sup>22</sup> No entanto, em se tratando de garantia real, não pode o credor ficar com o bem gravado, devendo o insolvente proceder com a venda judicial em hasta pública nos casos do penhor e da hipoteca. Na propriedade fiduciária, porém, poderá o devedor optar por promover a venda judicial ou extrajudicial a terceiro.

O direito de sequela também figura como efeito da constituição do direito real de garantia. Consiste no poder do credor em seguir o bem dado em garantia mesmo que a coisa tenha sido transmitida por ato *inter vivos* ou *mortis causa*. Isso significa que, mesmo estando a coisa em poder de outrem, o credor tem o direito de ver satisfeito seu débito, já que sobre aquele bem foi gravado ônus real.

O quarto efeito consiste na já citada indivisibilidade do direito real de garantia, pois a constituição do direito real dá-se sobre o todo da coisa e sobre cada uma de suas partes. Tal efeito impede que o bem seja parcialmente alienado ou eximido do ônus sobre ele gravado, de modo que o pagamento de uma ou mais parcelas não o libera do gravame. Extrai-se tal regra do artigo 1.421 do Código Civil, a qual visa assegurar ao credor o adimplemento integral do seu saldo. Na garantia, portanto, não há que se falar redução proporcional conforme o adimplemento de parcelas, bem como aquisição ou perda parcial dela. Para corroborar essa ideia, Maria Helena Diniz acrescenta que a alienação não possui o condão de modificar o caráter da indivisibilidade de um direito de garantia.<sup>23</sup>

O último efeito de que trata a doutrina é a remição total do penhor e da hipoteca, o qual não deixa de ser desdobramento da indivisibilidade dos direitos reais de garantia. Isso porque, tendo tal direito caráter indiviso, não é possível que uma dívida seja parcialmente remida. No caso do falecimento de devedor hipotecário, por

---

<sup>22</sup> SALVO VENOSA, Sílvio de. **Direito Civil: direitos reais, volume V**. 12.ed. São Paulo: Atlas S.A., 2012. p. 536.

<sup>23</sup> DINIZ, Maria Helena. **Curso de direito Civil Brasileiro, 4º volume: direito das coisas**. 17.ed. São Paulo: Saraiva, 2002. p. 418.

exemplo, não entende-se desonerado o bem à proporção do adimplemento do crédito no quinhão que compete a cada sucessor. É facultado, porém, que o bem seja liberado mesmo que apenas um deles o faça, desde que em sua integralidade, hipótese em que este sub-rogar-se-á na posição de credor em relação aos demais pelas quotas que adimpliu, norma prevista no parágrafo único do artigo 1.429 do Código Civil.

## **2.4. Vencimento da obrigação**

A obrigação pela qual se constitui o direito real possui caráter acessório. Dessa forma, ela não subsiste caso a principal seja anulada, mas prorroga-se junto da principal, da mesma maneira que vence quando decorrido o prazo estipulado, conforme a norma prevista no inciso II do artigo 1.424 do Código Civil.

O artigo 1.425 elenca, porém, os casos em que se pode exigir o vencimento antecipado da dívida assegurada pela garantia real. São as hipóteses de desvalorização econômica ou deterioração do objeto, falência ou insolvência do devedor, atraso no pagamento das prestações, perecimento do objeto dado em garantia sem que haja substituição e desapropriação total do bem dado em garantia.

Cabe ressaltar que o vencimento antecipado do débito não atinge o os juros correspondentes do prazo convencional por decorrer, conforme preceitua o artigo 1.426 do Código Civil.

Quanto à desvalorização econômica do objeto ou sua deterioração, situação que desfalca o direito real de garantia, pode o credor exigir a antecipação do vencimento caso o devedor não reforce a garantia ou não promova a substituição do bem. Caso não haja justificativa para não fazê-lo, já pode o credor executar a garantia antes do termo final do prazo. Contudo, em se tratando de garantia dada por terceiro, não caberá intimá-lo para que reforce ou substitua o bem se a deterioração ou a desvalorização não tenha ocorrido por culpa ou dolo seu, ou então haja cláusula expressa estipulando o contrário.

Outra hipótese arrolada no referido artigo é a de insolvência ou falência do devedor, quando sobre seus bens incidirem ações executivas ou reste provada a manifesta cessação do pagamento. Isso ocorre porque, aberto o concurso de credores, todas as dívidas do insolvente vencem para que assim se possa promover o inventário e a divisão dos ativos, fulcro no artigo 25 do Decreto-Lei n. 7.661/45. A declaração de insolvência ocorre quando as dívidas do devedor ultrapassam o montante do valor da soma dos seus bens, fato que implica no vencimento antecipado de todas as obrigações por ele contraídas.

Maria Helena Diniz chama atenção para os casos de liquidação de casa bancária ou de banco, nos quais também haverá vencimento antecipado das obrigações civis e comerciais ante à impossibilidade destas em manter a normalidade das suas operações, regra prevista pelos artigos 15 e 18 da lei n. 6.024/74. Observa, ainda, que o vencimento antecipado das obrigações em caso de insolvência também se aplica às Companhias de Seguro (Decreto-Lei 2.063/40, art. 40), bem como às instituições financeiras (Lei n. 4.595/64, artigo 45).<sup>24</sup>

Também dá causa ao vencimento antecipado da garantia a falta de pontualidade do credor no pagamento das prestações, ocasião em que é facultado ao credor exigir a excussão imediata. No entanto, o credor perde tal direito caso aceite receber a parcela atrasada, com base na regra do inciso III do artigo 1.425, sem prejuízo de que volte a exercê-lo, alegando impontualidade, se o devedor deixe descoberta outra prestação.

Conforme expõe Washington de Barros Monteiro, a doutrina diverge sobre ocorrência de antecipação do vencimento da dívida com base apenas no inadimplemento dos juros. Por outro lado, a maioria da jurisprudência admite que o credor exija o adiantamento do vencimento de toda a obrigação ainda que se deflagre a impontualidade do pagamento apenas dos juros. Isso porque não é possível a excussão parcial do débito, seja ela sobre prestação de capital ou de juros, de modo que a lei resolveu avençar a totalidade da dívida para que não se criem obstáculos na

---

<sup>24</sup> DINIZ, Maria Helena. **Curso de direito Civil Brasileiro, 4º volume: direito das coisas**. 17.ed. São Paulo: Saraiva, 2002. p. 420-421.

resolução prática dos casos.<sup>25</sup> Vale ressaltar que o mesmo ocorre da falta de pagamento de tributos, quando estipulada.

O inciso IV do artigo 1.42 trata da hipótese da não substituição do objeto quando do seu perecimento. Caso o bem dado em garantia seja um imóvel que venha a sofrer um incêndio, por exemplo, surge para o credor a exigibilidade do adiantamento do vencimento, podendo este optar pela excussão da dívida ou pelo reforço da garantia em face do devedor. Sobre esse exemplo, ainda, tendo ocorrido o incêndio por culpa de terceiro, este será civilmente responsabilizado, ocasião em que se sub-rogará o credor no direito de preferência do recebimento da indenização até que haja o adimplemento total da obrigação. Sendo o imóvel que sofreu o sinistro segurado, ficará o seguro obrigado a indenizar diante da não comprovação de culpa de terceiro, valor sobre o qual também terá o credor direito de preferência até a integralização do pagamento, regra essa prevista pelo §1º do artigo 1.425 do Código Civil.

Por fim, a última hipótese de adiantamento do vencimento é a desapropriação total da coisa dada em garantia, elencada no inciso V do artigo 1.425. Nesse caso, o devedor fica obrigado a depositar a parte do valor que falta para que a dívida seja integralizada.

Dessa forma, o artigo 31 do Decreto-Lei n. 3.365 estabelece que ficam sub-rogados no preço da desapropriação quaisquer ônus que recaiam sobre o bem. Importante ressaltar que, do valor indenizatório pago pelo expropriante, garantir-se-á o reembolso do credor para fins de satisfação do seu crédito.

O parágrafo §2º do artigo 1.425 indica, ainda, que nos casos do vencimento antecipado de que cuidam os incisos IV e V do mesmo dispositivo, só se vencerá a hipoteca caso a desapropriação ou o perecimento da coisa recaia sobre o bem dado

---

<sup>25</sup> DE BARROS MONTEIRO, Washington; DABUS MALUF, Carlos Alberto. **Curso de direito Civil, volume 3: direito das coisas**. 40. ed. São Paulo: Saraiva. 2010. p. 430-431.

em garantia e esta não abranger outras. Caso contrário, incide sobre os demais bens não desapropriados ou destruídos a garantia real.<sup>26</sup>

Além das hipóteses legais arroladas no artigo 1.425 do Código Civil, é lícito que as partes estipulem outras situações de vencimento antecipado da dívida. É possível, por exemplo, a previsão de cláusula contratual de preveja a antecipação do vencimento da dívida caso o devedor constitua outra hipoteca sobre o bem dado em garantia.

Por fim, o artigo 1.426 do Código Civil estabelece que, na ocorrência de antecipação do vencimento da obrigação, são inexigíveis os juros correspondentes ao tempo não decorrido, vez que estes representam os frutos do capital sucessivamente adquiridos no decurso do tempo.

---

<sup>26</sup> DE BARROS MONTEIRO, Washington; DABUS MALUF, Carlos Alberto. **Curso de direito Civil 3**. 40. ed. São Paulo: Saraiva. 2010. p. 432.

### 3. PROPRIEDADE FIDUCIÁRIA E HIPOTECA

#### 3.1. Características principais

A hipoteca constitui um direito real de garantia civil, a qual grava ônus sobre coisa imóvel ou sobre outro bem que assim entenda a legislação, o qual pertencer a devedor ou terceiro sem que haja transmissão de posse ao credor. Na hipoteca, o devedor tem o direito de promover a venda judicial do bem em caso de inadimplemento do devedor. Esta garantia incide, portanto, sobre o valor do bem onerado, e não sobre a substância dele.

Quanto à sua natureza, autores como Carnelutti afirmam que se trata de um instituto de direito processual civil, apesar de a maioria dos autores considerarem a hipoteca um instituto típico de direito civil em consequência da sua estrutura e dos seus efeitos. Além disso, a garantia real de hipoteca é disciplinada pelos artigos 1.473 ao 1.505 do Código Civil, e, conforme Maria Helena Diniz, não é de grande relevância a qualificação da pessoa do credor e a pessoa do devedor em relação à dívida que se pretende garantir.<sup>27</sup>

Em relação aos sujeitos, o sujeito ativo é denominado hipotecário, enquanto o sujeito passivo é denominado hipotecante, ou seja, credor e devedor, respectivamente.

O bem gravado pelo ônus real em questão deve pertencer ao devedor ou a terceiro com a finalidade de garantir obrigação contraída pelo devedor. Na hipoteca, o devedor hipotecante permanece com a posse do imóvel, gozando de todos os direitos sobre ele, e inclusive percebendo frutos. Nesse sentido, apenas é transferida a posse do imóvel em caso de excussão do imóvel, causada pela inadimplência do devedor. Conforme já visto, é vedado o pacto comissório, de modo que será nula qualquer cláusula que permita transferir a posse do bem diretamente ao credor em

---

<sup>27</sup> DINIZ, Maria Helena. **Curso de direito Civil Brasileiro, 4º volume: direito das coisas**. 17.ed. São Paulo: Saraiva, 2002. p. 466.

caso de inadimplemento da obrigação, conforme preceitua o artigo 1.428 do Código Civil.

A garantia real de hipoteca é indivisível, de modo que o ônus real constituído incide sobre o bem em sua totalidade e, por consequência, até que não se cumpra a obrigação integralmente, o gravame subsiste. No entanto, vale ressaltar que a indivisibilidade não incide sobre a dívida ou sobre o bem, substancialmente, mas sobre vínculo real constituído sobre este e, portanto, não se dissolverá até que não haja resgate total da obrigação. Sendo assim, não basta que haja pagamento parcial da obrigação para que o bem seja liberado do vínculo real.<sup>28</sup>

Apesar disso, não há empecilho para que seja estipulado o contrário, ou seja, é permitido que se afaste a indivisibilidade do ônus através de convenção entre as partes. Dessa maneira, pode-se estabelecer, por exemplo, que o pagamento parcial da obrigação libere alguns bens caso a hipoteca incida sobre um conjunto de bens autônomos.

Imprescindível ressaltar que a hipoteca constitui uma garantia acessória, ou seja, sempre segue uma dívida principal que se pretende saldar. Maria Helena Diniz cita a definição de Lafayette acerca da função do instituto, o qual consiste em um direito real criado para assegurar a eficácia de um direito pessoal.<sup>29</sup> Dessa forma, a hipoteca extingue-se, anula-se ou resolve-se conforme o curso da obrigação principal.

A hipoteca pode garantir um débito condicionado ou futuro desde que seu valor máximo seja previamente estabelecido, e dependerá antecipadamente da expressa concordância do credor no tocante ao valor estabelecido e suas condições. Em caso de divergência entre as partes, compete ao credor demonstrar o crédito, mas se provado o contrário, poderá o devedor responder por perdas e danos em consequência de eventual desvalorização do imóvel, conforme preveem os parágrafos 1º e 2º do artigo 1.487 do Código Civil.

---

<sup>28</sup> DINIZ, Maria Helena. **Curso de direito Civil Brasileiro, 4º volume: direito das coisas**. 17.ed. São Paulo: Saraiva, 2002. p. 467.

<sup>29</sup> DINIZ, Maria Helena. **Curso de direito Civil Brasileiro, 4º volume: direito das coisas**. 17.ed. São Paulo: Saraiva, 2002. p. 468.

A validade e a eficácia da hipoteca dependem de determinados requisitos.

Em termos de *requisitos objetivos*, a hipoteca recai, em regra, sobre bens imóveis, salvo nos casos em que a lei entende como hipotecáveis determinados bens móveis. É necessário que o bem pertença ao devedor, visto que não são suscetíveis os imóveis pertencentes a terceiros, a não ser que o devedor venha a adquiri-los posteriormente, de boa-fé, tendo em vista que a transferência do domínio, nesse caso, revalida o ônus real.

Outro requisito objetivo consiste na necessidade de o bem ser comercializável, ou seja, deve, ser suscetível de alienabilidade. Dessa forma, não podem ser objeto de hipoteca o bem dotal, o bem de família, os bens de uso comum e especial, os bens de órfãos, os bens gravados com cláusula de inalienabilidade, os direitos reais, os direitos hereditários e os bens futuros, além dos bens pertencentes a menores submetidos ao poder pátrio sem que haja autorização judicial para tanto.

Por outro lado, são objeto de hipoteca os imóveis definidos pelo inciso I do artigo 1.465 do Código Civil e pelo artigo 79 do mesmo diploma, os quais abrangem solo e tudo a que for a ele incorporado, de modo natural ou artificial, como árvores, edifícios, casas ou construções. São suscetíveis de constituição de hipoteca os apartamentos e edifícios em condomínios, independentemente da anuência dos demais consortes, conforme o §1º do artigo 1.331 do Código Civil.

Imóveis em estado de divisão que pertençam a mais de um indivíduo também poderão ser objeto de hipoteca, necessitando, porém, da anuência dos outros proprietários. A hipoteca pode ser constituída em parte desses imóveis caso sejam divisíveis, mas não pode um proprietário constitui-la para além do seu quinhão.

Além dessas hipóteses, também é permitido que haja hipoteca de construção já iniciada, com o escopo de facilitar a aquisição da casa própria. Nesse caso, o



gravame compreenderá a edificação com base na fração ideal sobre o solo, na proporção do seu desenvolvimento.<sup>30</sup>

Caso o bem imóvel seja loteado, o ônus poderá ser dividido em unidades autônomas, situação em que o credor, devedor ou os donos poderão realizar em juízo, também respeitando a fração pertencente a cada de um deles, assim como o crédito. Se o credor sentir-se prejudicado pelo desmembramento do imóvel, poderá opor-se ao pedido, conforme dispõe o §1º do artigo 1.488 do Código Civil. Todas as despesas decorrentes do pedido de desmembramento do imóvel deverão ser custeadas por aquele que a requerer, salvo se as partes estipularem o contrário. O desmembramento, porém, não implicará na desoneração do devedor originário em relação ao gravame, permanecendo pessoalmente obrigado a quitar a dívida caso a excussão da hipoteca não seja suficiente para a satisfação do crédito hipotecário.

Em relação à hipoteca de imóvel rural, é necessário que haja apresentação de certificado do INCRA para que o gravame constituído não seja nulo, conforme a Lei nº 4.497/66, em seu artigo 22, §1º.

O artigo 1.473 do Código Civil, em seu inciso I, por sua vez, trata dos acessórios dos bens imóveis, os quais estão arrolados nos artigos 92, 93, 95, 96 e 1.474 do mesmo diploma. Dessa forma, as árvores, pertenças, frutos pendentes, sementes, culturas e safras abrangem o ônus real, assim como tudo que o proprietário utilizou para a exploração daquele espaço, como máquinas, instrumentos, animais e benfeitorias.

Dessa maneira, os bens acessórios do imóvel hipotecado também serão objeto de hipoteca, conforme o artigo 79 do Código Civil. No entanto, bens que puderem ser separados do solo não serão suscetíveis de hipoteca, pois serão bens móveis. Ademais, todas as acessões, melhoramentos e construções são abrangidos pela hipoteca, conforme o artigo 1.747 do Código Civil.<sup>31</sup>

---

<sup>30</sup> DINIZ, Maria Helena. **Curso de direito Civil Brasileiro, 4º volume: direito das coisas**. 17.ed. São Paulo: Saraiva, 2002. p. 468.

<sup>31</sup> DINIZ, Maria Helena. **Curso de direito Civil Brasileiro, 4º volume: direito das coisas**. 17.ed. São Paulo: Saraiva, 2002. p. 468.

É a partir do título constitutivo que o direito real de hipoteca produz efeitos, mas é só com a execução judicial que a garantia se concretiza em plenitude. Isso porque se está diante de uma execução em potencial, a qual só será promovida pelo credor caso o devedor não pague a dívida constituída. Dessa forma, quitadas todas as prestações, a garantia não será utilizada, embora tenha cumprido sua finalidade.

Além do caso da quitação da dívida pelo credor, a hipoteca pode ser extinta em caso de vencimento antecipado de dívida, como já citado anteriormente, em que será facultado ao credor promover a execução desde logo. Nos casos de perecimento ou desapropriação, fica o credor sub-rogado para recebimento da indenização, seja pela seguradora, seja por terceiro que causou dano ao bem gravado.

Em relação aos *efeitos da hipoteca*, cumpre analisá-los sob a perspectiva do credor, do devedor e em relação a terceiros.

Quanto ao devedor, até o momento da penhora ou da extinção da hipoteca, o direito de propriedade sobre o seu bem é limitado. Embora conserve a posse, o usufruto, o direito de alienar e até mesmo constituir nova hipoteca sobre ele, não lhe é facultado constituir outra espécie de garantia real em respeito ao vínculo hipotecário. Nesse sentido, também é vedado ao devedor praticar qualquer ato, seja ele direto ou indireto, que implique na degradação da garantia. Isso significa que o insolvente fica impedido, por exemplo, de demolir o imóvel hipotecado, de realizar alterações que comprometam sua substância ou prejudiquem no modo em que é geralmente explorado, já que tais ações, a princípio, acarretariam diminuição do valor do bem.

O artigo 1.475 do Código Civil prevê, categoricamente, a nulidade de cláusula que vede a alienação do bem hipotecado, atribuindo ao proprietário da coisa o poder de dispor sobre ela. Caso seja a coisa alienada, restará transferido o domínio sobre ela a terceiro, acompanhada do ônus hipotecário. Cumpre ressaltar que somente é anulada a cláusula que veda a alienação sobre o bem gravado, mas a hipoteca permanece. O parágrafo primeiro do referido artigo não veda, porém, em caso de

---

alienação, que haja previsão de vencimento antecipado da dívida, ocasião em que o credor poderá promover a execução desde logo. Entretanto, na hipótese de a alienação ocorrer sem que a hipoteca esteja inscrita, o terceiro que adquiriu o bem não sofre qualquer efeito, mas o devedor incorrerá no crime de estelionato por ocultação de fato, conforme prevê o §2º do artigo 171 do Código Penal.

Ocorrendo o vencimento da dívida, o credor ajuizará ação executiva em face do devedor, momento em que o bem gravado terá preferência na penhora. Assim, o bem é retirado das mãos do devedor e vendido em hasta pública para que o produto da arrematação satisfaça a dívida do credor. Nesse momento, o devedor perde o direito de alienar o bem gravado e dele perceber frutos, sob pena de incorrer no crime de fraude à execução.

Vale ressaltar que, em tendo a posse do bem hipotecado, o devedor tem o direito de defendê-la em juízo caso esteja sofrendo moléstia por parte do credor ou terceiro.

Como já frisado anteriormente, ao devedor é facultado constituir nova hipoteca sobre bem através de um novo título. Essa segunda hipoteca é chamada de subhipoteca, a qual pode ser gravada em favor de terceiro ou até mesmo do credor da garantia anterior, conforme prevê o artigo 1.476 do Código Civil. No entanto, a subhipoteca somente poderá ser constituída caso o valor do imóvel gravado ultrapasse o valor constituído na obrigação anterior, de modo a possibilitar a satisfação da dívida do segundo credor a partir da excussão da primeira hipoteca. O credor sub-hipotecário tem preferência sobre os credores quirografários, mas caso o produto da venda judicial só consiga satisfazer a dívida da primeira hipoteca, ele ingressará no concurso de credores na condição de quirografário. Há outras condições, ainda, para que seja constituída a subhipoteca: não deve haver, em contrato, cláusula proibitiva para tal, bem como a feitura de novo título, no qual deve-se fazer menção ao gravame hipotecário anterior.

Ainda sobre subhipoteca, importante ressaltar que não pode o credor sub-hipotecário exigir a excussão do título antes do vencimento da primeira garantia, vez

que só receberá, se houver, o remanescente do produto da venda judicial em relação ao primeiro credor. A exceção a essa regra se encontra no artigo 1.477 do Código Civil, o qual prevê a possibilidade de o credor sub-hipotecário exigir a excussão antes do vencimento em caso de insolvência ou falência do devedor.

Conforme a exegese do parágrafo único do mesmo artigo, não se considera insolvente o devedor por simplesmente não quitar as prestações referentes à primeira hipoteca. Também é facultado ao credor sub-hipotecário remir a primeira hipoteca caso o devedor não o faça, promovendo a consignação do valor do débito e das despesas judiciais no processo de execução, citando o credor da primeira hipoteca para receber o valor, bem como oportunizando ao devedor que o pague. Dessa forma, o credor sub-hipotecário sub-roga-se nos direitos do primeiro credor, inclusive no direito de preferência em relação aos demais credores, conforme o parágrafo único do artigo 1.478 do Código Civil.<sup>32</sup>

Por fim, ainda sobre os efeitos da hipoteca em relação ao devedor, cumpre destacar que este se desonera da garantia através do cumprimento da obrigação, podendo exigir que o credor aceite, forçadamente, o pagamento desde que não haja justo motivo para a recusa. Também é facultado ao devedor, mesmo que parceladamente, antecipar o pagamento da dívida, conforme os parágrafos do artigo 7º do Decreto n. 22.626 de 1933. Nesse caso, poderá o devedor exigir a amortização da dívida no limite de 25% do valor original da dívida contraída.

Agora, cabe analisar os efeitos da hipoteca em relação ao credor.

Em um primeiro momento, imprescindível destacar que o credor tem o direito de exigir a conservação do bem gravado, desde a constituição do ônus real até a sua extinção, como forma de proteger e assegurar a satisfação do crédito. Antes do vencimento da hipoteca, o credor tem apenas um direito potencial sobre aquele bem, que apenas irá se concretizar em caso de execução hipotecária. Assim, deixando o devedor de cumprir com suas obrigações ou se deflagrando o vencimento da dívida,

---

<sup>32</sup> DINIZ, Maria Helena. **Curso de direito Civil Brasileiro, 4º volume: direito das coisas**. 17.ed. São Paulo: Saraiva, 2002. p. 479-481.

o credor terá direito de executar o bem gravado através de ação de execução, conforme o artigo 1.501 do Código Civil, dando início à penhora e à venda judicial. Realizada a venda judicial, o produto será destinado, preferencialmente sobre outros credores, à satisfação do seu crédito.

Sendo o produto da execução insuficiente para a satisfação do crédito, é facultado ao credor requerer a penhora de outros bens do devedor. Em caso de falência, prosseguir-se-á a execução com o síndico.

Vale ressaltar que o Decreto-lei n. 70/66 alterou a previsão do direito tradicional ao permitir a execução extrajudicial dos créditos hipotecários, sendo estabelecido rito sumário para propor ação de cobrança para tais créditos quando estiverem relacionados ao sistema financeiro de habitação. Dessa forma, a venda extrajudicial sumária é realizada por um “agente fiduciário” caso o credor seja instituição financeira.<sup>33</sup> Posto isso, poderá o credor optar pela venda judicial ou extrajudicial do bem gravado, devendo comunicar ao agente fiduciário o termo de vencimento da hipoteca e sua consequente insolvência. Este deverá, dentro de 10 dias do comunicado, notificar o devedor para que purgue a mora no prazo de 20 dias. Caso o devedor não o faça, o bem gravado será vendido em leilão público dentro dos 15 dias que transcorreram da publicação do edital.<sup>34</sup>

Outro efeito em relação ao credor é que, conforme o artigo 1.501 do Código Civil, a falta de notificação judicial aos credores hipotecários em caso de arrematação ou adjudicação não extinguirão a hipoteca. Dessa forma, se o imóvel gravado for penhorado por outro credor e não houver citação, a venda judicial do bem será inválida. A jurisprudência tem decretado nulidade das alienações que não cumprem tal requisito.

Ademais, é facultado ao credor exigir reforço da garantia real caso o bem sofra decréscimo do seu valor. Por fim, quanto aos efeitos da hipoteca em relação ao credor,

---

<sup>33</sup> DINIZ, Maria Helena. **Curso de direito Civil Brasileiro, 4º volume: direito das coisas**. 17.ed. São Paulo: Saraiva, 2002. p. 482

<sup>34</sup> DINIZ, Maria Helena. **Curso de direito Civil Brasileiro, 4º volume: direito das coisas**. 17.ed. São Paulo: Saraiva, 2002. p. 482

cumprir ressaltar que o Decreto-lei n. 7.661/45, em seu artigo 52,III, determina que as hipotecas constituídas em situação de falência do devedor não irão gerar efeitos, tendo o dispositivo a finalidade de proteger o crédito que lhe é devido.<sup>35</sup>

Cumprir analisar, agora, os efeitos da relação jurídica em termos de hipoteca. Primeiramente, é importante ressaltar que a hipoteca convencional pode ser estipulada por qualquer prazo, ao passo que o prazo da hipoteca legal se mantém até o momento em que a relação jurídica perdure em sua finalidade. A estipulação do prazo, portanto, fica à disposição das partes, não podendo, porém, ultrapassar 20 anos. A determinação de prazo maior não torna nulo o contrato e nem a constituição da garantia real, mas deverá ser reduzido ao limite legal estipulado. Nesse sentido, o inciso II do artigo 1.424, do Código Civil, prevê a possibilidade de prorrogação da hipoteca até o referido prazo legal contado da data da celebração do contrato. Para além dos 20 anos, devem os contratantes constituir novo título e novo registro, caso contrário não poderá o credor executar a hipoteca, pois terá sido deflagrada sua perempção.

É reconhecida a preferência ao credor hipotecário para exigir o seu crédito sem se sujeitar à concorrência com os demais credores. Dessa forma, o produto da venda judicial será destinada à satisfação do crédito hipotecário, ao passo que os outros credores apenas receberão o valor que exceder da excussão.

Imprescindível frisar que os efeitos gerados pela constituição da garantia real são de natureza *erga omnes*, tendo o credor o direito de exercer direito de sequência. Na prática, isso significa que a oponibilidade a terceiros - própria da relação consolidada entre o credor e bem gravado – garante ao credor o direito de seguir o bem transferido ao adquirente, seja por ato *inter vivos* ou *causa mortis*, com a finalidade de satisfazer o seu crédito. Nesse caso, não poderá o adquirente alegar ignorância em relação à hipoteca anteriormente constituída, pois é dever seu verificar as condições nas quais comprou o imóvel. É por esse motivo, inclusive, que o

---

<sup>35</sup> DINIZ, Maria Helena. **Curso de direito Civil Brasileiro, 4º volume: direito das coisas**. 17.ed. São Paulo: Saraiva, 2002. p. 483.

adquirente do bem deve exigir o comprovante de negativa de hipoteca, caso contrário a mera alegação de ignorância não impedirá que o imóvel seja executado.

Constata-se, portanto, que o direito de sequela se deflagra na situação em que o bem não mais está nas mãos de quem constituiu a hipoteca, mas de um terceiro adquirente. Ao credor não importa se o bem foi ou não alienado, ou ainda a quem foi alienado, pois terá igual direito de perseguir a execução daquele imóvel.

Sobre os efeitos da hipoteca, cabe, por fim, analisá-los em relação a terceiros.

Conforme já foi citado, os efeitos da hipoteca são oponíveis *erga omnes* em consequência da natureza da relação constituída entre o credor e o bem gravado, mas tal fato não influencia no direito do devedor de alienar o bem. O que merece ênfase é que o ônus está gravado sobre aquele bem adquirido, sendo facultado ao adquirente exonerar-se da hipoteca abandonando o bem ou o entregando nas mãos dos credores, conforme o prevê o artigo 1.479 do Código Civil. Caso não seja esse o desejo do adquirente que não obrigou-se pessoalmente a quitar a dívida hipotecária, este deverá colocar a posse do imóvel à disposição dos credores, de modo a evitar a execução do imóvel. Optando por furtar-se da execução, deve comunicar a sua decisão aos credores hipotecários e ao devedor dentro das 24 horas que se seguem da citação que inicia o processo de execução, devendo depositar o bem em juízo ou ceder a posse aos credores, conforme consta no parágrafo único do artigo 1.480 do Código Civil. Vale ressaltar que não é facultado a outro credor promover a execução judicial sem que notifique o credor hipotecário.<sup>36</sup>

Quanto aos efeitos da propriedade fiduciária, é possível identificar uma dinâmica diferente em relação à hipoteca, embora ambos os institutos sejam modalidades de direito real de garantia e incidam sobre bens imóveis.

Antes de analisar os efeitos, cabe ressaltar que a propriedade fiduciária diferencia-se da hipoteca à medida que traz hipóteses mais abrangentes de

---

<sup>36</sup> GONÇALVES, Carlos Alberto. **Direito Civil Brasileiro, volume 5: direito das coisas**. 12.ed. São Paulo: Saraiva, 2017. p. 625.

constituição, pois não se limita ao gravame de ônus real sobre imóveis, navios e aviões. Através da Lei de Mercado de Capitais (Lei n. 4.728, artigo 66), introduziu-se a figura da “alienação fiduciária em garantia”, baseada na *fiducia cum creditore* advinda do direito romano. Nessa modalidade, o devedor transferia bens ao credor através da venda com a condição de recuperá-los caso conseguisse quitar a obrigação em determinada circunstância. A alienação fiduciária em garantia também inspirou-se em outro instituto romano, a *fiducia cum amico*, na qual o devedor acautelava seus bens de determinados riscos, alienando-os a um amigo. Passado o período de risco, havia o direito de restituição desses bens, e a constituição da dessa modalidade de garantia tinha presente uma forte ideia de confiança entre as partes.<sup>37</sup>

Uma vez que a venda de crédito com reserva de domínio representava uma garantia somente ao comerciante de bens duráveis, disciplinado pelo artigo 66 da Lei de Mercados e Capitais, surgiu a necessidade de dar maior garantia a relações intermediárias. Por isso, o Decreto-Lei n. 911/69 passou a regular o referido instituto, sendo inserido no Código Civil de 2002 com o título “Da propriedade fiduciária”, subsistindo apenas aplicáveis os dispositivos de normas instrumentais da legislação especial. Dessa maneira, apenas normas processuais serão aplicadas conforme o Decreto-Lei n. 911/69, e o direito material é regido pelos artigos 1.361 a 1.368 do Código Civil.

Na propriedade fiduciária, o domínio do bem e a posse indireta são transferidas ao credor a título de garantia, chamado de fiduciário, enquanto o devedor, denominado fiduciante, fica com a posse direta do bem. Nesse instituto não existe uma tradição real, mas ficta, através do constituto possessório. Vale ressaltar que o domínio do credor é resolúvel, pois a garantia cessa automaticamente no momento em que o credor paga a última parcela. Qualquer pessoa, física ou jurídica, pode se colocar na posição de fiduciário. Maria Helena Diniz lembra, ainda, que inclusive pessoas jurídicas de direito público podem valer-se da propriedade fiduciária para constituir direito real de garantia. Tanto os Estados como entidades autárquicas poderão constituí-la para garantir débitos atrasados de contribuintes, utilizando-se do

---

<sup>37</sup> GONÇALVES, Carlos Alberto. **Direito Civil Brasileiro, volume 5: direito das coisas**. 12.ed. São Paulo: Saraiva, 2017. p. 439.



executivo fiscal sem que haja a necessidade de excutir o bem. A autora dá o exemplo do Instituto Nacional do Seguro Social (INSS), o qual poderá valer-se do instituto para aceitar a alienação fiduciária de um débito do segurado para que o saldo venha a ser quitado futuramente.<sup>38</sup>

Acerca da capacidade para constituição deste direito real de garantia, as partes devem possuir capacidade genérica para os atos da vida civil e capacidade de disposição. Isso significa que o alienante deve possuir o domínio do bem gravado, bem como o poder de dispor dele sem restrições. Sendo assim, mesmo quem não for o proprietário do bem poderá constituir alienação fiduciária com a condição de que venha a adquirir o bem posteriormente, caso em que os efeitos da aquisição do domínio retroagirão à data em que o contrato foi celebrado, considerando-se transmitida a propriedade apenas da aquisição da coisa pelo devedor.<sup>39</sup>

No regime anterior ao Código Civil, era possível constituir alienação fiduciária sobre bens móveis fungíveis. A 2ª Turma do STJ, porém, firmou o entendimento de que é inadmissível constituir essa garantia real sobre bens fungíveis e consumíveis, também sendo o Código Civil incisivo sobre essa questão quando afirma que somente bens móveis infungíveis serão passíveis de constituir essa garantia.

Vale ressaltar que o Código Civil trata apenas da alienação fiduciária de bens móveis infungíveis e inalienáveis. A alienação fiduciária de bens imóveis é disciplinada pelas Leis n. 9.514/1997 e Lei n. 11.481/07. O artigo 22 desta última dispõe que o objeto da alienação fiduciária, além da propriedade plena, pode ser o bem enfiteutico, o direito de uso especial para fins de moradia, o direito real de uso e a propriedade superficiária.

A propriedade fiduciária é um negócio jurídico formal, o qual deve obedecer aos requisitos previstos no artigo 1.361, §1º do Código Civil para que seja hábil a produzir efeitos no mundo jurídico. A propriedade fiduciária deve ter forma escrita, através de

---

<sup>38</sup> DINIZ, Maria Helena. **Curso de direito Civil Brasileiro, 4º volume: direito das coisas**. 17.ed. São Paulo: Saraiva, 2002. p. 509.

<sup>39</sup> DINIZ, Maria Helena. **Curso de direito Civil Brasileiro, 4º volume: direito das coisas**. 17.ed. São Paulo: Saraiva, 2002. p. 509.

instrumento público ou particular, contendo o total da dívida ou sua estimativa, o prazo ou época de pagamento, taxas de juros (se houver) e a descrição do bem objeto de garantia. A aquisição do domínio se dá a través de tradição ficta e deve ser registrado no Cartório de Títulos e Documentos do domicílio do devedor. Em se tratando de veículos, o registro deve ser feito na repartição competente para o seu licenciamento, com anotação no certificado de registro (Código de Trânsito Brasileiro, artigo 121).

O registro da propriedade fiduciária confere a sua existência legal e a torna oponível a terceiros.<sup>40</sup> Maria Helena Diniz ressalta a importância da identificação do objeto na constituição da propriedade real de garantia, visto que se não forem especificadas as peculiaridades, marcas, sinais e números relacionados ao bem gravado, cabe ao proprietário fiduciário o ônus da prova contra terceiros quando seus bens não se encontrarem sob o seu domínio. O artigo 66, §4º, do Código Civil, regula as regras sobre o ônus da prova, e prevê que se registradas essas qualidades do bem, o fiduciante estará livre do *onus probandi*, podendo ele retomar o bem de quem quer que o detenha, seja o devedor, seja terceiro.<sup>41</sup>

A 1ª Turma do STJ determinou, porém, que o registro do contrato em cartório não constitui requisito de validade do negócio jurídico, sendo válido o acordo entre as partes, mas não terá efeito *erga omnes*.

O artigo 1.363 do Código Civil preceitua que o fiduciante pode fruir livremente do bem, respondendo como depositário fiel, mas tem a obrigação de entregar o bem gravado ao credor em caso de inadimplemento.<sup>42</sup> É facultado ao credor exigir outras garantias como o crédito e o aval, e caso a dívida seja paga por terceiro, este subroga-se de pleno direito no crédito e na propriedade fiduciária, conforme prevê o artigo 1.368 do Código Civil.

---

<sup>40</sup> GONÇALVES, Carlos Alberto. **Direito Civil Brasileiro, volume 5: direito das coisas**. 12.ed. São Paulo: Saraiva, 2017. p. 442.

<sup>41</sup> DINIZ, Maria Helena. **Curso de direito Civil Brasileiro, 4º volume: direito das coisas**. 17.ed. São Paulo: Saraiva, 2002. p. 511.

<sup>42</sup> GONÇALVES, Carlos Alberto. **Direito Civil Brasileiro, volume 5: direito das coisas**. 12.ed. São Paulo: Saraiva, 2017. p. 443

Os efeitos da propriedade fiduciária devem ser vislumbrados a partir dos *direitos e obrigações* do credor e do devedor.

Sendo assim, cabe analisar os direitos e obrigações concernentes ao fiduciante. É direito seu ficar com a posse direta da coisa e, caso seja quitada a dívida, reaver o bem para si. O fiduciante terá o bem em nome do adquirente, conservando-o, em seu poder, obrigações de depositário.<sup>43</sup> É facultado a ele purgar a mora, caso seja contra ele movida ação de busca e apreensão, bem como receber o saldo apurado da venda do imóvel efetuada pelo fiduciário para a satisfação do seu crédito. É obrigação do fiduciante responder pelo remanescente da dívida quando da insuficiência da garantia, assim como não é facultado a ele dispor do bem alienado, que pertence ao fiduciário. É dever seu, da mesma maneira, entregar o bem ao fiduciário em caso de inadimplemento, arcando com eventuais perdas e danos.

Para que haja a recuperação da propriedade plena, a quitação da dívida deve ser averbada no cartório em que foi feito o registro do contrato. Caso haja recusa de recebimento do fiduciário, o fiduciante pode mover ação de consignação em pagamento, podendo gerar também o pagamento de perdas e danos.

Em relação ao fiduciário, a sua principal obrigação consiste em cumprir com o financiamento ao qual se obrigou, assim como respeitar o direito de uso regular por parte do devedor, isentando-se de molestar a posse direta do fiduciante e não se apropriar do bem objeto de alienação.

Em caso de inadimplemento, o fiduciário deve vender o bem e entregar o valor remanescente ao devedor. Deve aplicar o preço no pagamento do seu crédito, acréscimos legais, contratuais e despesas. Para tanto, é legítimo para ajuizar ação de busca e apreensão em face do devedor. Caso o bem não seja encontrado, a ação de busca e apreensão poderá ser convertida em ação de depósito.

---

<sup>43</sup> DINIZ, Maria Helena. **Curso de direito Civil Brasileiro, 4º volume: direito das coisas**. 17.ed. São Paulo: Saraiva, 2002. p. 512.

Se o produto da venda não for suficiente para cobrir a dívida, fica o fiduciante obrigado pelo restante do débito, conforme preceitua o artigo 1.366 do Código Civil.

Imprescindível ressaltar que, no que couber ao instituto, deve-se aplicar as normas gerais que disciplinam os direitos reais de garantia previstas nos artigos 1.421, 1.425, 1.426, 1.427 e 1.436.

Assim como em relação a qualquer instituto dos direitos reais de garantia, é vedada cláusula que preveja a possibilidade de pacto comissório na propriedade fiduciária, conforme prevê o artigo 1.365 do Código Civil. Desse modo, em caso de inadimplemento, deve o fiduciário promover as medidas judiciais cabíveis para ter satisfeita a obrigação, não sendo facultado a ele simplesmente ficar com a coisa alienada em garantia. O credor pode fazê-la judicial ou extrajudicialmente, e aplicar o preço no pagamento do seu crédito.

Apesar disso, o parágrafo único do referido artigo permite que o devedor, com a anuência do credor, dê seu direito eventual à coisa gravada como forma de quitação da dívida depois que esta restou vencida. Assim como já citado na hipoteca, o nulidade é *ipso iure*, ou seja, atinge somente a cláusula que previu o pacto comissório.<sup>44</sup>

Alguns autores, como Pontes de Miranda, defendem que não há motivo razoável para proibir o pacto comissório na alienação fiduciária em garantia, pois nesse instituto o credor já detém o domínio e a posse indireta do bem, e assim não haveria maiores razões para impedir que venha a ser o proprietário do bem. Maria Helena Diniz traz a posição de Pontes de Miranda e exemplifica que em outros institutos, como o penhor, é motivada a vedação do pacto comissório tendo em vista que a coisa empenhada pertence ao devedor, e continua sendo mesmo após a constituição do gravame. Ao expor o ponto de vista de Pontes de Miranda, a autora ainda explica que, comprovado o inadimplemento da obrigação e a mora do fiduciante, a propriedade passa ao fiduciário, o qual exercerá a sua pretensão possessória

---

<sup>44</sup> GONÇALVES, Carlos Alberto. **Direito Civil Brasileiro, volume 5: direito das coisas**. 12.ed. São Paulo: Saraiva, 2017. p. 442.

mediante busca e apreensão. Desse modo, terá o fiduciário a opção de conservar o bem para si ou aliená-lo a terceiro após oportunizar a purgação da mora ao devedor. Ao ser intimado e não fazê-lo no prazo de três dias, perderá a coisa para o credor.<sup>45</sup>

Sob esse ponto de vista, a vedação do pacto comissório comprometeria a segurança do fiduciante em seu direito de purgar a mora. Por essa razão, o artigo 26 da Lei n. 9.514/97 prevê que, em caso de inadimplemento da dívida vencida, constituindo em mora o fiduciante, a propriedade do imóvel passa para o nome do fiduciário. Nesse caso, através de seu procurador, deve o fiduciante ser intimado pelo oficial de Registro Imobiliário, a requerimento do fiduciário, para satisfazer o débito sobre as prestações vencidas e vincendas até a data estipulada para o pagamento, dentro do prazo de 15 dias, além dos juros convencionais, penalidades e condominiais que recaírem sobre o imóvel, bem como despesas de intimação e cobrança. Purgada a mora, o contrato de alienação fiduciária convalida-se no Registro de Imóveis e, no prazo de 3 dias, o oficial do Registro deverá entregar ao fiduciário o valor recebido. Caso não seja efetuada a purgação da mora, o oficial do Registro de Imóveis deverá proceder com a consolidação da propriedade do imóvel ao fiduciário, à vista da prova do pagamento, junto do imposto de transmissão *inter vivos* e a atualização da matrícula do imóvel.<sup>46</sup>

Em caso de falência do fiduciante, o fiduciário terá direito de satisfazer seu crédito contra a massa falida, pedindo a devolução da coisa dada em garantia, sem prejuízo das circunstâncias e estrutura do instituto da alienação fiduciária. Caso ocorra o oposto, no caso a falência do credor fiduciário, o fiduciante, tendo quitado seu débito, terá direito de exercer contra a massa falida a sua pretensão restitutória através de ação de consignação em pagamento, momento em que poderá separar o bem alienado dos bens do falido, que retornará à sua propriedade, isento de qualquer ônus.

47

---

<sup>45</sup> DINIZ, Maria Helena. **Curso de direito Civil Brasileiro, 4º volume: direito das coisas**. 17.ed. São Paulo: Saraiva, 2002. p. 512.

<sup>46</sup> DINIZ, Maria Helena. **Curso de direito Civil Brasileiro, 4º volume: direito das coisas**. 17.ed. São Paulo: Saraiva, 2002. p. 519.

<sup>47</sup> DINIZ, Maria Helena. **Curso de direito Civil Brasileiro, 4º volume: direito das coisas**. 17.ed. São Paulo: Saraiva, 2002. p. 519.

Quanto à extinção da propriedade fiduciária, os artigos 1.436 e 1.367 do Código Civil disciplinam a sua cessação.

A primeira hipótese no tocante à extinção da alienação fiduciária se deflagra quando da extinção da obrigação principal, já que o instituto possui caráter acessório. Desse modo, a obrigação resolve-se em favor do alienante quando satisfeita a obrigação principal. Considerar-se-á vencida a dívida não apenas através do pagamento, mas com as hipóteses arroladas nos incisos I a V do artigo 1.425, quais sejam: a deterioração ou depreciação do bem dado, de modo a prejudicar a sua garantia; a falência ou insolvência do devedor; a falta de pontualidade no pagamento das prestações quando há momento estipulado, de forma que o pagamento posterior da parcela atrasada implicará na renúncia do credor ao direito de execução imediata; em caso de perecimento do bem dado em garantia e não substituído; e em caso de desapropriação do bem dado em garantia, caso em que deverá ser depositado ao credor a parte necessária para o adimplemento total da obrigação.

Nesse sentido, vale ressaltar que, caso haja cláusula expressa dispondo que terceiro poderá prestar garantia em favor do débito alheio, não ficará este obrigado a restituir ou reforçar a garantia caso haja deterioração ou perda do bem desde que tais fatos não ocorram por culpa sua, conforme prevê o artigo 1.426 do Código Civil.

Em outras palavras, ocorrerá a extinção da alienação fiduciária em consequência do perecimento da coisa alienada fiduciariamente, bem como quando for o caso de renúncia do credor, hipótese em que o crédito persiste sem a garantia.

Deflagrar-se-á a extinção da alienação fiduciária também em caso de adjudicação judicial, remição, arrematação ou venda judicial, tendo em vista que tornar-se-á proprietário pleno a quem adjudicou, resgatou ou adquiriu judicial ou extrajudicialmente a coisa objeto de garantia.

Ocorrerá a extinção da propriedade fiduciária quando ocorrer o instituto da confusão, em que o devedor e credor concentram-se na mesma pessoa. Assim, essa pessoa deterá a qualidade de proprietário pleno.

Da mesma forma, será extinta a propriedade fiduciária diante da desapropriação da coisa dada em garantia, caso em que será vencida a dívida e restará ao expropriante pagar o preço ao credor, o qual deverá entregar o saldo remanescente, se houver, ao devedor.

Também será extinta a alienação fiduciária em caso de implemento da condição resolutiva sobre a qual estava o domínio do alienante subordinado, antes que haja cessação da finalidade da garantia.

Da ocorrência de quaisquer das hipóteses elencadas de extinção da propriedade fiduciária dada em garantia, será indispensável a cancelamento da inscrição no Registro de Títulos e Documentos ou no Registro Imobiliário, a depender da natureza do bem.<sup>48</sup>

Uma questão controvertida acerca da propriedade fiduciária tramita em torno da possibilidade de cominação de sanção de prisão civil do depositário infiel.<sup>49</sup>

O depositário infiel é o sujeito que descumpre com as obrigações em relação ao bem de outrem, se desfaz dele ou não cumpre o seu dever de guarda, deixando de devolvê-lo ao depositante.

Quanto à alienação fiduciária em garantia, surge a figura do depositário infiel quando a ação de busca e apreensão transforma-se em ação de depósito. Até o ano de 2006, era pacífico o entendimento do Supremo Tribunal Federal quanto à possibilidade de prisão civil do depositário infiel, junto da prisão civil por débitos alimentícios.

---

<sup>48</sup> DINIZ, Maria Helena. **Curso de direito Civil Brasileiro, 4º volume: direito das coisas**. 17.ed. São Paulo: Saraiva, 2002. p. 520.

<sup>49</sup> DE BARROS MONTEIRO, Washington; DABUS MALUF, Carlos Alberto. **Curso de direito Civil, volume 3: direito das coisas**. 40. ed. São Paulo: Saraiva. 2010. p. 319-320.

Tal entendimento era cancelado pelo artigo 5º, inciso LXVII da Constituição Federal e corroborado pela Súmula 619 do Supremo Tribunal Federal, a qual reconhecia a licitude da prisão civil do depositário infiel em qualquer modalidade de depósito, posicionamento que perdurou até o ano de 2006. Em decisão plenária, porém, a mesma Corte modificou o seu entendimento acerca da matéria no sentido de vedar a prisão civil no contrato de alienação fiduciária em garantia, não sendo mais viável, portanto, a prisão civil do depositário infiel.<sup>50</sup>

Dessa forma, em 2008 foi revogada Súmula 619 do Supremo Tribunal Federal sob a alegação de que a prisão civil do depositário infiel atentava aos direitos fundamentais, previstos no artigo 5º da Constituição Federal, considerando que a privação de liberdade apenas deveria acontecer em casos excepcionalíssimos.

A mudança do entendimento jurisprudencial se deu através do julgamento dos Recursos Extraordinários (RE 349703) e (RE 466343) e do Habeas Corpus (HC 87585), momento em que o Supremo Tribunal Federal aderiu às diretrizes do Pacto de São José da Costa Rica e ao Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos da ONU, bem como a Declaração de Direitos da Pessoa Humana.

Dessa forma, o inadimplemento contratual é disciplinado pelo artigo 1.364 do Código Civil, o qual prevê a venda da coisa por via judicial ou extrajudicial do credor fiduciário a terceiro, à medida do seu crédito, devolvendo o restante ao devedor, se houver.

Para receber o seu crédito, deve o fiduciário ajuizar ação de busca e apreensão contra o devedor, a qual será convertida em depósito caso não seja encontrado o bem (artigos 839 a 843 do Código Civil).<sup>51</sup>

---

<sup>50</sup> DE BARROS MONTEIRO, Washington; DABUS MALUF, Carlos Alberto. **Curso de direito Civil, volume 3: direito das coisas**. 40. ed. São Paulo: Saraiva. 2010. p. 320.

<sup>51</sup> DE BARROS MONTEIRO, Washington; DABUS MALUF, Carlos Alberto. **Curso de direito Civil, volume 3: direito das coisas**. 40. ed. São Paulo: Saraiva. 2010. p. 322.



Conforme já dito, a venda do bem dado em garantia nesse instituto pode se dar de forma judicial ou extrajudicial. No entanto, não basta apenas o produto da venda para que se configure a quitação do débito, vez que, além de cobrir o débito principal, é necessário que haja adimplemento também das despesas resultantes da dívida principal. Por conseguinte, caso o produto da venda do bem não quite as dívidas decorrentes da principal, cobranças e seus consectários, ficará o devedor ainda responsável pelo restante, a não ser que o credor renuncie ao remanescente, conforme o artigo 1.366 do Código Civil.<sup>52</sup>

No tocante à remissão, os artigos 1.367, bem como 1.421, 1.425, 1.426 e 1.427 do Código Civil se referem a disposições gerais acerca da hipoteca, penhor e anticrese. No entanto, vale ressaltar que os mesmos dispositivos devem ser aplicados à alienação fiduciária no que couber, ou seja, à medida que forem compatíveis ao referido instituto, sem que haja conflito com a legislação especial.

Em relação ao terceiro, interessado ou não, pagando a dívida da alienação fiduciária, sub-rogar-se-á de pleno direito sobre o crédito, conforme preceitua o artigo 1.368 do Código Civil.<sup>53</sup>

### 3.2. Quadro Comparativo

Em virtude das semelhanças entre os institutos de direito real de garantia aqui tratados, vale destacar as diferenças entre ambos.

Na hipoteca, o devedor detém a posse plena sobre o imóvel, obrigatoriamente por meio de Escritura Pública lavrada perante o Tabelionato de Notas, ao passo que na alienação fiduciária a propriedade sobre o imóvel é desmembrada, de modo que o devedor detém apenas a propriedade precária – ou indireta. Assim, a propriedade direta é transferida ao credor, e poderá ser constituída sobre instrumento particular ou

---

<sup>52</sup> DE BARROS MONTEIRO, Washington; DABUS MALUF, Carlos Alberto. **Curso de direito Civil, volume 3: direito das coisas**. 40. ed. São Paulo: Saraiva. 2010. p. 323.

<sup>53</sup> DE BARROS MONTEIRO, Washington; DABUS MALUF, Carlos Alberto. **Curso de direito Civil, volume 3: direito das coisas**. 40. ed. São Paulo: Saraiva. 2010. p. 323.

instrumento público, diferente da hipoteca, que se constitui apenas sobre instrumento público.

A eficácia perante terceiros, na hipoteca, irá se consagrar através de sua formalização, quando do registro da garantia na matrícula do imóvel perante o Cartório de Registro de Imóveis. Geralmente, quem arca com os custos da lavratura e do registro é o devedor, variando o valor da formalização conforme o valor auferido à garantia e, do mesmo modo, incidindo progressão em caso de acréscimo. Na propriedade fiduciária, a oponibilidade *erga omnes* dar-se-á somente do registro no Cartório de Registro de Imóveis. No entanto, em se tratando de instrumento particular, não haverá custos sobre a lavratura, mas do registro no Cartório competente.

Em princípio, não é possível constituir garantia fiduciária sobre imóveis que já estejam gravados com outro ônus real, visto que a propriedade se fraciona e se transfere ao credor a posse direta sobre o bem. Em relação à hipoteca, porém, é possível constituir garantia desta espécie quando já há um ônus real, a não ser que este ônus se trate de garantia fiduciária, já que a propriedade fica limitada. Não sendo o caso, é possível, inclusive, que seja gravada nova hipoteca sobre a originária, mantendo-se, porém, o primeiro credor na preferência para o adimplemento.

Em relação à execução, o bem objeto de garantia fiduciária poderá ser executado judicialmente ou extrajudicialmente, enquanto que na hipoteca o bem poderá apenas ser executado via judicial.

### **3.3. Propriedade fiduciária: vantagens e desvantagens**

A garantia fiduciária em relação a imóveis é disciplinada pela Lei Especial, 9.514/1997, aplicando-se o Código Civil apenas de forma subsidiária. Nesse instituto, uma das vantagens do credor é, através de sua anuência e iniciativa do devedor receber o bem imóvel como forma de pagamento, configurando-se, nesse caso, o instituto da dação em pagamento.

Na dação em pagamento, uma vantagem tanto para o credor como para o devedor é a dispensa do procedimento de leilão público, conforme o disposto no artigo 27 da Lei 9.514/1997, vez que poupa ambas as partes da onerosidade e burocracia da venda em hasta pública. Nessa situação, haverá quitação recíproca entre o fiduciário e fiduciante, não havendo saldo para qualquer uma das partes em função do acordo pactuado.

A consolidação da propriedade do bem em nome do credor por meio do instituto da dação em pagamento não contraria a vedação ao pacto comissório, proibida pelo Código Civil no artigo 1.428, pois encontra azo no artigo 27 da Lei 9.514/1997, o qual prevê a extinção anormal da garantia por meio da entrega do bem sem o procedimento de leilão e depois de vencida a dívida, configurando o cumprimento integral do contrato e a quitação recíproca entre as partes.

No tocante ao procedimento de leilão, uma vantagem da legislação específica da garantia fiduciária constituída sobre imóveis em detrimento da aplicação dos dispositivos gerais sobre posse e propriedade do Código Civil, especificamente no § 4º, artigo 7º da Lei 9.514/1997 em contraposição aos §§ 2º e 3º do artigo 1.219 do Código Civil, é o preceito de que o credor deverá entregar ao devedor a importância remanescente, no prazo de 5 dias da venda do imóvel, restando compreendido nesse montante a indenização sobre as benfeitorias realizadas. Tal disposição implica na quitação recíproca, não sendo necessário levantar, posteriormente, o valor de benfeitorias necessárias, úteis e voluptuárias para fins indenizatórios.

Outra prerrogativa do instituto da propriedade fiduciária é que o crédito do fiduciário não concorre com demais credores garantidos de privilégios legais para satisfação do seu crédito, não integrando o bem dado em garantia fiduciária no acervo concursal.

Quanto à recuperação judicial, disciplinada pela Lei 11.101/2005, o artigo 118 prevê que, na garantia fiduciária, os bens gravados com esse ônus não integrarão a massa falida, bem como não se submeterão aos efeitos da recuperação judicial do fiduciante, já que permanecerá em apartado dos demais bens do devedor. Desse

modo, o fiduciário mantém seu direito creditório em sua integralidade, sendo a ele facultado tomar as medidas judiciais necessárias para recebimento do débito mesmo em situação de recuperação judicial ou falência.

Apesar de o instituto da propriedade fiduciária oferecer diversas vantagens em função da viabilização de desembaraços burocráticos, há que destacar, também, seus aspectos negativos.

Uma das desvantagens da constituição da garantia fiduciária consiste na ausência do direito de preferência do locatário, conforme aduz o artigo 32 da Lei 8.24/1991. Segundo a inteligência do referido artigo, em seu parágrafo único, não subsiste o direito de preferência no caso de perda de propriedade por decisão judicial, fusão, permuta, incorporação, cisão, doação e integralização de capital.

Há de se considerar, também, que a realização do segundo leilão cujo maior lance não foi suficiente para a quitação da dívida implicará na transferência ao credor a propriedade do bem, mesmo que o valor não seja suficiente para quitação integral do débito, conforme aduz o artigo 27, § 5, da Lei 9.514/1997.

### **3.4. Hipoteca: vantagens e desvantagens**

Diferentemente do instituto da propriedade fiduciária, o credor hipotecário tem o direito de prosseguir com a execução da garantia até que ela seja integralmente satisfeita, já que a sua formalização obrigatoriamente realizada por instrumento público confere à hipoteca a oponibilidade *erga omnes*.

Em se tratando de hipoteca legal, outra vantagem é que o prazo para renovação mediante realização de novo título não se limita a 20 anos, mas perdura indefinidamente conforme o desejo das partes.

Vale ressaltar que o credor hipotecário tem o direito de receber seu crédito preferencialmente aos demais credores no processo de execução, independentemente de ter sido ele quem o ajuizou.

O artigo 1.476 do Código Civil garante que sobre o mesmo imóvel possam ser constituídas sucessivas hipotecas, tornando possível que um bem de alto valor possa satisfazer diversos credores, sendo essa uma vantagem em relação à propriedade fiduciária.

O credor hipotecário não tem o direito de usar, fruir, gozar do bem dado em garantia, pertencendo ao devedor o direito de dispor sobre ele. Desse modo, em relação ao bem o credor apenas pratica os atos próprios da garantia, enquanto suspensão. Apenas após a arrematação ou adjudicação é que o credor poderá perceber frutos provenientes do bem.

A hipoteca fica em desvantagem em relação à propriedade fiduciária à medida que exige o ingresso de execução judicial, não sendo possível o leilão extrajudicial, o qual garantiria um procedimento mais célere e menos burocrático.

Um importante ponto de desvantagem em relação à hipoteca é em situação de falência do devedor, pois os bens gravados com esse ônus serão passíveis de integrar a massa falida, caso em que pode o credor hipotecário frustrar-se em relação ao recebimento do crédito, conforme o artigo 1.483 do Código Civil.

Prevê, ainda, o artigo 1.475 a impossibilidade de instituir cláusula de inalienabilidade sobre bens hipotecados, bem como é vedado constituir hipoteca sobre bem de família em função do direito fundamental à moradia, o qual é constitucionalmente protegido.

#### 4. CONCLUSÃO

Assim como assevera Carlos Roberto Gonçalves, a complexidade da vida moderna gerou a necessidade de criação de novos instrumentos de garantia para além dos institutos tradicionais, com o escopo de proporcionar maior celeridade e facilitação nas negociações mercantis.<sup>54</sup>

Sendo a hipoteca um destes institutos clássicos, esta modalidade de direito real de garantia não foi capaz preencher a lacuna entre a modernidade e a legislação, tendo em vista que a sua constituição demanda um grande aparato burocrático, além de encontrar-se restrita a bens imóveis, navios e aviões como objeto de ônus.

Dessa maneira, o advento do instituto da alienação fiduciária como forma de constituição real de garantia trouxe a solução menos burocrática, flexível e mais célere do que a hipoteca e até mesmo em relação aos demais institutos de garantia real. É possível depreender, a partir deste estudo, que a propriedade fiduciária foi capaz de abarcar situações, suprir deficiências e preencher lacunas que os institutos clássicos não mais acompanhavam. Desde a sua introdução no ordenamento jurídico brasileiro, com a Lei de Mercados e Capitais (Lei n.4.728/65), até sua modificação com o Decreto-Lei n. 911/69, até ser inserida no Código Civil de 2002, o instituto mostrou-se flexível em relação ao objeto de constituição do ônus real, proporcionando maior dinâmica negocial e facilitando a movimentação da economia.

Para além da propriedade fiduciária de que trata o Código Civil, a qual se restringe a bens móveis infungíveis e inalienáveis, surge a Lei 9.514/1997, a qual disciplina a constituição da propriedade fiduciária sobre bens imóveis. Tal Lei traz uma nova face da propriedade fiduciária e corrobora o caráter flexível deste instituto ao abarcar, também, a possibilidade de constituição de garantia sobre bens imóveis.<sup>55</sup>

---

<sup>54</sup> GONÇALVES, Carlos Alberto. **Direito Civil Brasileiro, volume 5: direito das coisas**. 12.ed. São Paulo: Saraiva, 2017. p. 438

<sup>55</sup> CELESTINO, Pedro. **A Alienação Fiduciária de imóveis**. Disponível em <https://pedrocelestino.jusbrasil.com.br/artigos/113705745/a-alienacao-fiduciaria-de-imoveis/> Acesso em: 28 de dezembro de 2017

Trazendo uma dinâmica adequada à modernidade, a propriedade fiduciária sobre bens imóveis possibilitou a execução extrajudicial da garantia, o que trouxe maior celeridade para o escopo do direito real de garantia, que consiste na satisfação da obrigação. Outro fato que convergiu para a eficácia do instituto foi a possibilidade de extinção anormal, em que o fiduciário retoma para si a garantia ante o inadimplemento do fiduciante.

Em virtude da facilitação na constituição de garantia real, a propriedade fiduciária sobre imóveis, a partir da vigência da Lei 9.514/1997, alavancou o crescimento do mercado imobiliário, trazendo grande oferta de financiamento por parte de instituições financeiras. Tal fato atraiu capital financeiro e contribuiu imensuravelmente para robustecer a construção civil privada.

Razoável concluir, portanto, que a propriedade fiduciária foi o novo instituto que promoveu o grande crescimento em termos de concessão de crédito imobiliário, em virtude de sua natureza célere e pouco burocrática, preenchendo a lacuna que os institutos clássicos de garantia real, como a hipoteca, não foram capazes de se adequar.

## REFERÊNCIAS

DE BARROS MONTEIRO, Washington; DABUS MALUF, Carlos Alberto. Curso de direito Civil, volume 3: direito das coisas. 40. ed. São Paulo: Saraiva. 2010.

GONÇALVES, Carlos Alberto. Direito Civil Brasileiro, volume 5: direito das coisas. 12.ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

DINIZ, Maria Helena. Curso de direito Civil Brasileiro, 4º volume: direito das coisas. 17.ed. São Paulo: Saraiva, 2002.

SALVO VENOSA, Sílvio de. Direito Civil: direitos reais, volume V. 12.ed. São Paulo: Atlas S.A., 2012.

CELESTINO, Pedro. A Alienação Fiduciária de imóveis. Disponível em: <<https://pedrocelestino.jusbrasil.com.br/artigos/113705745/a-alienacao-fiduciaria-de-imoveis/>> Acesso em: 28 de dezembro de 2017.

DINIZ, Maria Helena. Curso de direito Civil Brasileiro, 4º volume: direito das coisas. 17.ed. São Paulo: Saraiva, 2002.